

WEGEBENUTZUNGSVERTRÄGE ZWISCHEN
ENERGIEVERSORGUNGSUNTERNEHMEN
UND GEMEINDEN

Ulrich Lenz

1960



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546302_0087

WEGEBENUTZUNGSVERTRÄGE ZWISCHEN ENERGIE-
VERSORGUNGSUNTERNEHMEN UND GEMEINDEN

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der
Wirtschafts- und Sozialwissenschaften (Dr. rer. pol.)
an der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

vorgelegt von

Dipl.-Kfm. Ulrich Lenz
aus Görlitz



Referent: Prof. Dr. Eichler

Korreferent: Prof. Dr. Henke

Tag der mündlichen Prüfung: 21. 2. 1968

I n h a l t s v e r z e i c h n i s

	Seite
1. Kapitel: Die Energiewirtschaft und der Energieversorgungsbetrieb	1
1. Abschnitt: Die Energiewirtschaft	1
A. Die Kostenfaktoren der Energiewirtschaft	4
B. Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Energiewirtschaft	8
2. Abschnitt: Das Energieversorgungsunternehmen und seine betriebswirtschaftlichen Besonderheiten	11
A. Das Wirtschaftsprinzip	14
B. Die Produktionsfaktoren	19
1. Die Produktion	19
2. Der Absatz	22
3. Die Investition und Finanzierung	25
2. Kapitel: Die Partner des Benutzungsvertrages	27
1. Abschnitt: Das Fehlen eines Energiewegerechts im deutschen Wirtschaftsrecht	27
2. Abschnitt: Der Benutzungsvertrag als Mittel gemeindlicher Sozialpolitik	31
A. Die Verpflichtungen der Gemeinde	31
B. Die Machtmittel der Gemeinde	32
3. Abschnitt: Der typische Inhalt des Benutzungs- vertrages	34
A. Die einzelnen Vereinbarungen	34
B. Das Verhältnis des Benutzungsvertrages zum Demarkations- und Energieversorgungsvertrag	36

3. Kapitel: Der Einfluß des Wirtschaftsrechts auf die Rechtsnatur des Wegebenut- zungsvertrages	39
1. Abschnitt: Wesen und Entwicklung des Wirt- schafts- und Energierechts	39
A. Die privatrechtlichen Anfänge	39
B. Die Publizierung des Wirtschaftsrechts	42
C. Vergebliche Versuche einer Publizierung des Benutzungsvertrages	43
1. Der Erlaß des Energiewirtschafts- gesetzes	44
2. Die öffentlich-rechtliche Versor- gungspflicht der Gemeinde	45
3. Die Gemeinde als Straßenverkehrs- behörde	46
4. Die Gemeinde als Straßenbaulast- trägerin	47
5. Die Gemeinde als Wegeeigentümerin	47
2. Abschnitt: Der Vertragscharakter	53
A. Die Rechtsform des Eigenbetriebes	53
B. Die Theorie von der Teilrechtsfähig- keit des Eigenbetriebes	55
4. Kapitel: Die bürgerlich-rechtliche Würdigung des Benutzungsvertrages	59
1. Abschnitt: Die Benutzungsklausel	62
A. Die Gegenseitigkeit der Leistungen und deren Folgen	62
1. Genetisches Synallagma	63
2. Funktionelles Synallagma	68
B. Dauerschuldverhältnis	70

	Seite
C. Der Vertragstyp	72
1. Die Gebrauchsüberlassung	72
Exkurs: Rechte des besitzenden EVU bei Störung seines Benutzungsrechts durch ein zweites nichtbesitzendes EVU	73
2. Der vereinbarte Mietzins	80
D. Folgerungen	83
1. Die Form	84
2. Die Kündigung	85
3. Das Pfandrecht der Gemeinde	88
4. Der Wechsel des Eigentums am Straßengrundstück	92
2. Abschnitt: Die Übernahmeklausel	99
A. Charakter und Wirksamkeit des Schuld- verhältnisses	99
B. Der Vertragstyp	106
3. Abschnitt: Die Kontrahierungsklausel	109
A. Die Pflichten der Parteien	109
B. Der Vertragstyp	112
4. Abschnitt: Die Betriebsklausel	118
A. Die Pflichten der Parteien	118
B. Der Vertragstyp	120
5. Abschnitt: Die Mitwirkungsklausel	121
A. Die Pflichten der Parteien	121
B. Der Vertragstyp	126
6. Abschnitt: Die Folgepflicht	127
A. Die Pflichten der Parteien	127
B. Der Vertragstyp	129
7. Abschnitt: Die Schiedsklausel	132
A. Die Pflichten der Parteien	132
B. Der Vertragstyp	133

	Seite
5. Kapitel: Ergebnis und Folgerungen	136
1. Abschnitt: Die Qualifizierung des Benutzungsvertrages	136
2. Abschnitt: Die Sicherung des Energieversorgungsunternehmens	141
A. Die rechtlichen Möglichkeiten	141
B. Die wirtschaftlichen Möglichkeiten	164
Literaturverzeichnis	168
Lebenslauf	

1. Kapitel: Energiewirtschaft und der Energieversorgungs- ===== betrieb =====

1. Abschnitt: Die Energiewirtschaft

Aus der Gesamtheit aller Wirtschaftseinheiten erfaßt die Energiewirtschaft jene, deren Hauptzweck es ist, Energie in marktgängigen Formen abzusetzen.

Zum betriebswirtschaftlichen Verständnis dieser Wirtschaftseinheiten ist es nötig, ihr Erzeugnis näher zu betrachten, also nach dem Wesen der Energie zu fragen. Bei der Behandlung wirtschaftlicher und juristischer Probleme ist die Technik zur Klärung des zu beurteilenden Sachverhalts mit heranzuziehen. Kaum eine Wissenschaft ist so selbständig, daß sie auf eine andere verzichten kann.

Die Physik definiert Energie als einen Vorrat an Arbeit, der in einem Körper aufgespeichert ist und wieder abgegeben werden kann. ¹⁾ Beruht dieser Arbeitsvorrat auf einer Veränderung der Lage des Körpers, spricht man von potentieller oder Lagenenergie. Rührt der Arbeitsvorrat von einer Beschleunigung des Körpers her, bezeichnet man ihn als kinetische Energie. ²⁾

1) In diese Richtung weist auch die Wortinterpretation von Energie; denn das dem späteren Griechisch entstammende "energeia" bedeutet soviel wie Hineinarbeit; also eine Arbeit in bestimmter Richtung, nämlich mit dem Ziel der Anlegung eines Arbeitsvorrates. F. L i s t : Energie-recht Grundriß der Grundfragen, Berlin 1938, S. 2 (zit. L i s t : Energierecht)

2) W. W e s t p h a l : Kleines Lehrbuch der Physik, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1948, S. 20. Die Entstehung dieser beiden Energiearten ist hier beschrieben, weil sie am bekanntesten sind. Inzwischen ist geklärt, daß sich die Energie auf diese beiden Formen nicht beschränkt. Robert Meyer erkannte (1840) die Wärme als bloße Energie. Von Joule (1843) und Helmholtz (1847) wurde der Energiebegriff auf alle physikalischen Erscheinungen erweitert, bis Einstein (1904) in seiner Relativitätstheorie die These aufstellte, daß die Masse eines jeden Körpers nur eine besondere Energieform sei. (W e s t p h a l : Kleines Lehrbuch der Physik, S. 21, 25)

Kraft kann einem Betrieb in verschiedenen Formen zugeführt werden, als Wärme, als Heizwert von Gas oder Kohle, sowie als Elektrizität. All diese Betriebsmittel sind Energie. Sie unterscheiden sich nur durch den Stoff, in dem die Energie eingelagert ist. Er wird als Energieträger bezeichnet und ist von der Energie selbst zu unterscheiden. So ist bei einer Warmwasserversorgung Energieträger das Wasser, Energie die Wärme. Beim Heizgas ist Energieträger das Gasgemisch, Energie sein Heizwert. Genauso ist es bei den verschiedenen Kohlearten.

Alle Wirtschaftseinheiten, die Energie in einer der genannten Formen herstellen, ³⁾ sind Energieerzeugungsunternehmen.

Sie sind eine Betriebsgruppe, wie die Bank- oder Versicherungsbetriebe auch. Sie stellen nur einen besonderen Betriebstyp dar und sind also grundsätzlich eine Kategorie der Betriebswirtschaftslehre und nicht der Volkswirtschaftslehre.

Daß die Energieerzeugungsbetriebe ⁴⁾ von diesem Grundsatz eine Ausnahme machen und neben der einzelwirtschaftlichen auch eine gesamtwirtschaftliche Bedeutung haben, soll mit dem Begriff Energiewirtschaft ausgedrückt werden.

3) Im physikalischen Sinn ist eine Produktion von Energie nicht möglich, da ein derartiger Vorgang gegen den sog. Energieerhaltungssatz verstößt, nach dem Energie nie verloren geht und nie aus dem Nichts entsteht. Sie kann nur von einem Körper auf einen anderen übertragen und von einer Erscheinungsform in die andere überführt werden. Dies ergibt sich aus dem alle physikalischen Erscheinungen umfassenden Energiebegriff (vgl. W. W e s t - p h a l : Kleines Lehrbuch für Physik, S. 22).

4) In diesem Abschnitt werden die Begriffe Unternehmen und Betrieb synonym gebraucht. Dies erscheint gerechtfertigt, weil an sich nur die Betriebswirtschaftslehre die Unterscheidung dieser Begriffe verlangt, hier aber volkswirtschaftliche Aspekte dargestellt werden sollen.

Unter der Bezeichnung Energiewirtschaft werden die wechselseitigen Beziehungen zwischen der Gesamtwirtschaft und den einzelnen Energieerzeugungsbetrieben zusammengefaßt. Erkenntnisobjekt der Energiewirtschaft ist der Energieerzeugungsbetrieb. Es sollen aber nicht einzelne Merkmale der Energieerzeugungsbetriebe herausgearbeitet werden. Das ist Aufgabe der speziellen Lehre der Energieerzeugungsbetriebe. Beabsichtigt ist vielmehr, die besonderen Einflüsse dieser Betriebsgruppe auf die Gesamtwirtschaft herauszustellen.

Damit soll nicht die wegen der unterschiedlichen Erkenntnisobjekte logisch notwendige Trennung ⁵⁾ von Volks- und Betriebswirtschaftslehre verwischt werden. Sinn der Bezeichnung Energiewirtschaft im Gegensatz zur Gruppe der Energieerzeugungsbetriebe ist nur, die volkswirtschaftliche Position dieses Betriebszweiges herauszustellen. Die Verflechtung der Energieerzeugungsbetriebe mit der Gesamtwirtschaft geht an Intensität über die normale Abhängigkeit von Unternehmung und Volkswirtschaft hinaus. ⁶⁾

Es wäre deshalb denkbar, die Lehre von der Energiewirtschaft als eigenen Teil der Volkswirtschaftslehre anzuerkennen, sie gewissermaßen als spezielle Volkswirtschaftslehre herauszubilden, ähnlich wie das in der Betriebswirtschaftslehre durch die speziellen Betriebswirtschaftslehren schon geschehen ist.

5) G. W ö h e : Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 6. Auflage Berlin und Frankfurt a.M. 1964, S. 21

6) Der gewöhnliche Unternehmenstyp ist nicht nur im realen Bereich, etwa über Beschaffungs- und Absatzmarkt mit der Gesamtwirtschaft verbunden, er wird auch im ideellen Bereich von volkswirtschaftlichen Gesetzen beeinflusst, z.B. hinsichtlich des Wirtschaftsprinzips (vgl. G. W ö h e : Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 8; E. G u t e n b e r g : Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, Erster Band: Die Produktion, 12. Auflage Berlin-Heidelberg-New York 1966, S. 445)

A. Die Kostenfaktoren der Energiewirtschaft

Die Besonderheiten der Energieerzeugungsbetriebe schlagen sich in ihrer Kostenstruktur nieder.

Jeder Produktionsbetrieb braucht zu seiner Leistungserstellung Kraft. Die Energieerzeugungsbetriebe haben also alle Arten von Wirtschaftseinheiten als Abnehmer. Dies läßt sich bei einer Einteilung der Unternehmen nach ihrer Stellung im Wirtschaftsprozeß, nämlich in Urproduktions-, Produktionsmittel und Konsumgüterbetriebe ⁷⁾, wie folgt darstellen: Elektrizitätswerke, die zur Stromerzeugung Wasserkraft benutzen, und ihren Strom an Industrie und Haushalte abgeben, gehören zu den Urproduktions-, Betriebsmittel- und Konsumgüterbetrieben.

Elektrizitätswerke, die zur Energieerzeugung Kohle verwenden, sind gleichzeitig Produktionsmittel- und Konsumgüterbetriebe. Während gewöhnlich der Urproduktionsbetrieb am Anfang des Wirtschaftsprozesses steht, und sein Produkt entweder erst von der Konsumgüterindustrie zu einem eigenen Verbrauchsgut veredelt wird, oder über die Produktionsmittelindustrie in ein anderes Verbrauchsgut eingeht, ist dieser Prozeß bei einem Wasserkraftwerk, das Haushalte beliefert, in einem Unternehmen zusammengefaßt. Es steht am Anfang aber auch am Ende des Wirtschaftsprozesses.

Nehmen die Betriebe der Urproduktion und der Konsumproduktion eine Sonderstellung ein, weil ihnen bei der Beschaffung oder beim Absatz der wirtschaftlich denkende Unternehmer fehlt, ⁸⁾ so haben die Erzeugungsbetriebe gleichsam eine doppelte Ausnahmestellung, weil ihnen auf beiden Seiten - Beschaffung und Absatz - , wie am Beispiel des Wasserkraftwerkes gezeigt, kein ökonomisch handelnder Partner gegenübersteht.

7) E. S c h ä f e r : Die Unternehmung, 6. Auflage, Köln und Opladen 1966, S. 11

8) E. S c h ä f e r : Die Unternehmung, 6. Auflage, Köln und Opladen 1966, S. 11

Das zeigt sich auf der Beschaffungsseite darin, daß die Energieerzeugungsunternehmen sehr stark von außerwirtschaftlichen Entwicklungen abhängig sind.

Politische Unsicherheiten in ausländischen Gebieten mit großem Erdölvorkommen z.B. sind von der weiterverarbeitenden Industrie durch die üblichen Marktbeobachtungen und -analysen kaum im voraus zu erkennen. Sie lassen sich auch nicht bewerten und können deshalb nur schwer, etwa durch Risikorücklagen, ⁹⁾ im betrieblichen Rechnungswesen erfaßt werden. Wegen der Universalität des Erdöls als Energiebasis ist das ein Grund für den außergewöhnlichen Kapitalbedarf der gesamten Energiewirtschaft. Die Abnehmer solcher Energiebasen können einen gewissen Ausgleich dieses unwägbaren Risikos dadurch zu erreichen versuchen, daß sie durch die eigene Landesregierung eine Sicherung ihrer ausländischen Energiequellen anstreben. Das Fehlen eigener abbauwürdiger Energiequellen kann die Politik eines Landes ganz zur Frage seiner Energieversorgung werden lassen, wie das z.T. in Deutschland der Fall ist. ¹⁰⁾

Auch auf der Abnehmerseite hat die Energiewirtschaft den weitgehend irrationalen und launenhaften ¹¹⁾ Charakter ihrer Kundschaft zu berücksichtigen. Der Zweig der Energiewirtschaft muß auf jeden erdenklichen Bedarf vorbereitet sein. Vor allem Elektrizitäts- und Gaswerke, bei denen der Abnehmer durch Einschalten in das Versorgungsnetz unmittelbar die Produktion bestimmt, müssen jeden möglichen Bedarf befriedigen können. Dem Elektrizitätswerk ist es schon

9) Für derartige Fälle will H. Sommerfeld in seiner eudynamischen Bewertungslehre Substanzrücklagen zur Krisensicherung bilden. (H. Sommerfeld: Eudynamische Bilanz in B o t t: Lexikon des kaufmännischen Rechnungswesens, 2. Auflage Stuttgart 1954 - 1957, Band II, Sp. 983)

10) E. O. G e n z s c h: Energiequellen als Elemente der Politik, Zeitschrift: Versorgungswirtschaft, München 1966, S. 101

11) E. S c h ä f e r: Die Unternehmung S. 15

technisch nicht möglich, die Deckung bestimmter Bedarfs-
spitzen abzulehnen. Es kann also nicht durch eine Verrin-
gerung seines Angebotes die Preise hinaufdrücken und da-
durch einen Teil der Nachfrage ausschalten.

Das zwingt die Energieerzeugungsbetriebe Kapazitäten an-
zulegen, die nur zu einem geringen Prozentsatz ausgenutzt
sind. Auch das erfordert eine außerordentlich große Kapi-
taldecke. ¹²⁾

Richten die Unternehmen ihre Kapazität nicht nach dem Be-
darfsmaximum aus, riskieren sie, daß die gesamte Versor-
gung durch Anschluß eines weiteren Abnehmers zusammen-
bricht. ¹³⁾ Ein Aussetzen der Energieversorgung verursacht
bei den Abnehmern große Schäden. Zu deren Deckung müssen
die Energieerzeugungsunternehmen ebenfalls bedeutende Mit-
tel bereitstellen. Gleichgültig wie sich die Unternehmen
entscheiden, sie müssen auch hier mit einem großen Kapital-
bedarf rechnen.

Diese Kostenelemente sind statischer Natur, weil sie von
der Struktur des Energieerzeugungsbetriebes bestimmt sind,
ohne daß sich die Energiewirtschaft in ihrem Umfang ändert.

Der Kostencharakter eines Betriebes kann aber auch durch
Veränderungen der Wirtschaft bestimmt sein. Kostenarten,
die dadurch verursacht sind, werden als dynamisch bezeich-
net. Sie treten zu den statischen Kosten.

12) Eine in jedem beliebigen Zeitpunkt einsetzbare Energie-
quelle sind Pumpspeicherwerke. So entsteht beispiels-
weise in Wales, England, ein Pumpspeicherwerk mit einer
Kapazität von 320 Millionen Watt, um den nach bestimm-
ten Fernsehsendungen durch das millionenfache Teekochen
hochschnellenden Strombedarf sofort decken zu können
(J. F r o h n h o l z e r : Bedeutung der Wasserkräf-
te in Bayern, Zeitschrift: Elektrizitätswirtschaft,
Jahrgang 63 (1964), S. 394 ff, S. 401)

13) Welche verheerenden Folgen der Zusammenbruch eines
Stromnetzes haben kann, zeigte der Ausfall der Strom-
versorgung in New York am 11.11.1965.

Kaum ein Wirtschaftszweig ist in Deutschland so gewachsen wie die Energiewirtschaft. Der Schwund der Arbeitskraftreserven führte zu Industrialisierung, Automatisierung und Technisierung und erhöhte damit den Energiebedarf in allen Tätigkeitsgebieten. ¹⁴⁾ Bei der Erläuterung dieser Bedarfssteigerung mag als Repräsentant des gesamten Energieverbrauchs der Elektrizitätskonsum dienen. ¹⁵⁾ Nach einem Erfahrungssatz verdoppelt er sich jeweils in 10 Jahren. ¹⁶⁾

Die Bedarfssteigerung erzwang eine Kapazitätserweiterung der Energiewirtschaft. Beim Bau neuer Wärmekraftwerke spielte vor allem in Bayern die Standortfrage eine große Rolle. Es galt zu entscheiden, ob sich der Standort der Energieerzeugungsunternehmen nach der Energiequelle oder dem Verbraucher richten, ob der Standort also herkunfts- oder hinkunftsorientiert sein sollte. ¹⁵⁾

14) E. O. G e n z s c h : Energiebedarfsdeckung durch technischen Fortschritt, Zeitschrift: Versorgungswirtschaft, München 1965, S. 195; T. W e s s e l s : Energie im Preisgefüge, Zeitung für kommunale Wirtschaft, München 1966, Nr. 11 S. 5

15) Die Heranziehung der Elektrizität als Beispiel ist berechtigt, weil sie einmal die universellste Nutzungsmöglichkeit zur Deckung des Bedarfs an Kraft, Wärme, Licht und Frequenz bietet; zum anderen kann Elektrizität aus jeder Energiequelle gewonnen werden (Wasserkraftwerke oder Wärmekraftwerke, die mit jedem Heizmaterial beschickt werden können). Im folgenden sind deshalb mit Energieerzeugungsunternehmen Elektrizitätswerke gemeint, soweit nichts anderes gesagt ist (E. O. G e n z s c h : Energiebedarfsdeckung durch technischen Fortschritt, Zeitschrift: Versorgungswirtschaft, 1965, S. 197)

16) O. S c h e d l : Die Elektrizitätswirtschaft in Bayern und ihre Probleme, Zeitschrift: Elektrizitätswirtschaft, Jahrgang 63, 1964, S. 386 ff., 390. So wurden 1953 in Bayern 7730 Millionen Kilowattstunden (KWH), 1963 16734 Millionen KWH erzeugt und verbraucht. Dieselbe Steigerungsrate gilt für die gesamte Bundesrepublik und den EWG-Raum. (E. O. G e n z s c h : Energiebedarfsdeckung durch technischen Fortschritt, Zeitschrift: Versorgungswirtschaft, 1965, S. 197)

In Bayern entschied man sich überwiegend für den beschaffungsnahen Standort, wie der Bau des Kraftwerks Schwandorf zeigt, das an Ort und Stelle die oberpfälzische Braunkohle in elektrischen Strom umwandelt. 17)

Die unterschiedliche Wasserführung der Flüsse und der damit verbundene Unsicherheitsfaktor haben bewirkt, daß die Erzeugung der Wärmekraftwerke die der Wasserkraftwerke übersteigt. Das zwingt die bayerische Energiewirtschaft, die über keine zentral gelegenen Energiequellen verfügt, zur Anlage eines großen Verteilungsnetzes, das die Stromkosten gegenüber anderen Bundesländern, die günstiger gelegene Energiequellen besitzen, erhöht.

B. Die gesamtwirtschaftliche Bedeutung der Energiewirtschaft

Um den Schwierigkeiten bei Beschaffung, Absatz und Standortwahl begegnen zu können, haben die Energieerzeugungsunternehmen einen großen Kapitalbedarf. Sie werden abschreibungsintensiv. 18) Wegen der hohen Abschreibungsquoten müssen sie hohe Preise kalkulieren. Dieses Preisniveau der Energieleistungen bestimmt den absolut gesehen hohen Anteil der Energiekosten an den gesamten Herstellungskosten eines Produkts. 19)

Aus der Tatsache, daß jedes Unternehmen Energie in irgendeiner Form beziehen muß, folgt, daß der Anteil der Energiekosten an den Gesamtherstellungskosten eines Gutes auch relativ hoch sein muß. Dieser im Verhältnis zu den übrigen

17) O. S c h e d l : Die Elektrizitätswirtschaft in Bayern und ihre Probleme, Zeitschrift: Elektrizitätswirtschaft, 1964, S. 387. Die Materialorientierung der Wasserkraftwerke ist selbstverständlich.

18) Zwischen Kapital- und Abschreibungsintensität besteht, worauf E. S c h ä f e r : Die Unternehmung, S. 213 Anm. 110 hinweist, ein funktioneller Unterschied: Der erste Begriff ist statischer, der zweite dynamischer Natur.

19) Dabei wird unterstellt, daß die übrigen Herstellungskosten konstant bleiben.

Kosten hohe Energiekostenanteil wird dadurch verursacht, daß jede einzelne Produktionsstufe Energie verbraucht. Die zur Herstellung eines Gutes notwendigen Energiekosten sind also nicht nur die der letzten Phase, sondern die Kosten aller Leitungsstufen zusammen. Die Energiekosten kumulieren sich. 20)

Damit sind die beiden Komponenten dargestellt, welche die volkswirtschaftliche Bedeutung der Energiekosten ausmachen. Dazu wird das folgende Beispiel angeführt:

Eine Steigerung der Energiepreise um ca. 50 % bewirkt bei voller Abwälzung auf die Produktpreise eine Steigerung der Erzeugnispreise der Industriesparten Eisen, Stahl, Chemie, Glas, Steine, Erden, Zellstoff um mehr als 10 % und eine Anhebung der Produktpreise der übrigen Wirtschaftszweige um ca. 5 %. 21)

Der Erhöhung der Stromkosten kann die Wirtschaft nicht dadurch ausweichen, daß sie andere Energiequellen benutzt; denn elektrische Energie ist kaum durch eine andere Energieform substituierbar.

Die Stabilität der Energiepreise ist deshalb Voraussetzung für die allgemeine Preisstabilität. Niedrige Energiepreise sind aber auch Bedingung für ein normales Wirtschaftswachstum; denn jede neue Investition braucht Energie und hängt deshalb von deren Preisen ab. 22)

20) T. W e s s e l s : Die volkswirtschaftliche Problematik der Kapitalbeschaffung und Ertragsverwendung in einer wachsenden Volkswirtschaft, Köln 1966, S. 14, 15

21) T. W e s s e l s : Energie im Preisgefüge, Zeitung für kommunale Wirtschaft, München 1966, Nr. 11 S. 5

22) T. W e s s e l s : Strom und Gas - Stützen der Wettbewerbskraft, Zeitung für kommunale Wirtschaft, München 1966, Nr. 12 S. 5. Vor allem auf dem Weltmarkt werden die Energiekosten, die die Länder zur Herstellung desselben Gutes aufwenden müssen, verglichen. Dabei ergibt sich z.B., daß in Deutschland die Stromkosten die der USA um 80 % übersteigen. (T. W e s s e l s : Strom und Gas - Stützen der Wettbewerbskraft, Zeitung für kommunale Wirtschaft Nr. 12 S. 5)

Die Tatsache, daß Preisstabilität und stetiges Wachstum Hauptprobleme der Volkswirtschaftslehre sind, begründet die Kernstellung der Energiewirtschaft in der Gesamtwirtschaft.

Dieser finanziellen und preislichen Sonderstellung der Energieerzeugungsunternehmen entspricht ihre rechtliche Position innerhalb der Gesamtwirtschaft, "wie überhaupt im Wirtschaftsleben Rechtssphäre und Finanzsphäre eng zusammenhängen." ²³⁾ Das Risiko, das die Betriebsanlagen enthalten, sowie die technischen Besonderheiten veranlassen die Energieerzeugungsunternehmen zu einem engen wirtschaftlichen Zusammenschluß.

Vor allem die Elektrizitäts- und Gasbetriebe versuchen Überkapazitäten, die sie zur Sicherung der Versorgung eigentlich bereithalten müßten, dadurch zu vermeiden, daß sie ihre auftretenden Bedarfsspitzen durch benachbarte Energieerzeugungsbetriebe decken lassen.

Zu diesem Zweck schließen benachbarte Betriebe Verträge, in denen sie sich zur gegenseitigen Deckung der Bedarfsspitzen verpflichten (horizontale Verbindungen). Dies fällt den Energieerzeugungsunternehmen umso leichter, weil ein eigenes Transportproblem dabei nicht entsteht. Die Parteien brauchen nur ihre Energienetze, die meist ineinander übergehen, noch zu verbinden. Damit ist der dauernde gegenseitige Bezug gesichert.

Es werden aber nicht nur Unternehmen derselben Produktionsstufe vertraglich verknüpft, sondern auch solche verschiedener Leistungsebenen. So schließen z.B. Wärmekraftwerke mit ihren Zulieferbetrieben langfristige Verträge, um die eigene Versorgung und die ihrer Kunden zu sichern (vertikale Verbindungen).

Außerdem sind die Energieerzeugungsunternehmen mit ihren Abnehmern durch langfristige Lieferungsverträge zusammen-

23) E. S c h ä f e r : Die Unternehmung S. 26

geschlossen. Die relativ hohen Kosten eines neuen Anschlusses, seine technischen und rechtlichen Schwierigkeiten hindern die Abnehmer am häufigen Wechsel ihres Partners.

Dem Versorgungsnetz der Energieerzeugungsunternehmen entspricht ein Vertragsnetz. Kaum ein anderer Industriezweig ist von einem ähnlich starken Vertragswerk umgeben wie die Energiewirtschaft. Die Vereinbarungen des einzelnen Energieerzeugungsbetriebes mit Vorlieferanten, gleichstufigen Unternehmen, Abnehmern und Grundeigentümern sind, soweit es sich um Elektrizitätswerke handelt, wegen des Wesens dieser Energieform langfristig und deshalb für den Betrieb besonders bedeutsam. Sie bilden seine rechtliche Existenzgrundlage; denn wie könnte ein Energieerzeugungsunternehmen ohne gesicherten Bezug seiner Produktionsmittel ohne Sicherung seiner Energieleitungen existieren. Die genaue Kenntnis des Vertragswerkes ist nötig, damit der Unternehmer seine juristische Position erkennt und die entsprechenden wirtschaftlichen Maßnahmen treffen kann.

Diese gemeinsame rechtliche Basis und ihre vertragliche Verknüpfung verbindet die Energieerzeugungsunternehmen zu einer Gesamtheit und macht sie zu einem volkswirtschaftlichen Phänomen.

2. Abschnitt: Das Energieversorgungsunternehmen und seine betriebswirtschaftlichen Besonderheiten

Nach der Darstellung der volkswirtschaftlichen Bedeutung der Energieerzeugungsunternehmen werden die betriebswirtschaftlichen Merkmale eines Unternehmenstyps aus dieser Gruppe dargestellt. Dabei wird vor allem die Verflechtung betriebswirtschaftlicher und rechtlicher Probleme zu Tage treten.

Alle Energieerzeugungsunternehmen lassen sich nach den ver-

schiedenen Formen der Energie, die sie liefern, einteilen, also in Heiz-, Gas- und Elektrizitätswerke, in Bergbau und Mineralöltraffinerien. Ein zweites Einteilungsprinzip dieser Unternehmen ist die Art, wie sie ihre Erzeugnisse an die Verbraucher absetzen. Kohle und Kraftstoff werden wie jede andere Ware an den Kunden geliefert. Warmwasser, Gas und elektrischer Strom werden mittels Leitungen an die Abnehmer herangebracht.

Die Notwendigkeit dieser Energieleitungen oder Energiestraßen ergibt sich aus dem Wesen der mit ihrer Hilfe transportierten Energieformen. Sie haben die Eigenschaft, sich nicht oder nur mit unwirtschaftlichen Aufwendungen speichern zu lassen. Sie müssen sofort mit ihrer Entstehung verbraucht werden. Das ist nur möglich, wenn das Unternehmen mit dem Abnehmer fest verbunden ist. Das geschieht durch die Energiestraßen. Diese Betriebe werden als Energieversorgungsunternehmen (EVU) bezeichnet. Nur von ihnen ist im folgenden die Rede.

EVU und Abnehmer können so nahe beieinanderliegen, daß die Versorgungsleitungen nur über oder unter Grundstücke verlegt zu werden brauchen, die im Eigentum von Lieferanten und Kunden stehen. Diese Situation ist vor allem gegeben, wenn ein Produktionsbetrieb seine Energie selbst erzeugt. Eine derartige Koppelung von Energieerzeugung und Energieverbrauch in einem Unternehmen wirft aber keine besonderen wirtschaftlichen oder rechtlichen Probleme auf und scheidet deshalb aus der Betrachtung aus.

In der Regel werden EVU und ihre Abnehmer weit voneinander entfernt sein. Das folgt daraus, daß EVU und Abnehmer ihre Standorte nach verschiedenen Gesichtspunkten wählen: Der Standort der EVU ist in jedem Falle herkunftsorientiert. Wärmekraftwerke werden am Ort der thermischen Erzeugungsbasis (Kohle, Gas) errichtet. ²⁴⁾ Bei Wasserkraftwerken

24) Vgl. S.8

wird zwar häufig von einer "Kraftorientierung" gesprochen, aber auch dieser Standort ist nach dem Platz des Betriebsmittels, der Wasserkraft, gewählt, also herkunftsorientiert. ²⁵⁾

Der Standort der Abnehmer kann zwar auch herkunftsbestimmt sein. Die Betriebsmittel, nach denen sie sich richten, sind aber andere als die der EVU. Die Quellen ihrer Betriebsmittel werden nur selten mit dem Ort zusammenfallen, an dem sich die Betriebsmittel des EVU finden. Auch der Standort der Haushalte, die als Abnehmer der EVU in Frage kommen, wird sich von dem der EVU unterscheiden; denn die Haushalte wählen ihren Standort nicht nach betriebswirtschaftlichen Überlegungen, da sie nicht von wirtschaftlichen Prinzipien geleitet werden. ²⁶⁾ Da die EVU ihren Standort aber nach dem ökonomischen Prinzip kalkulieren, können Haushaltungen und EVU nur zufällig denselben Standort haben.

EVU und Kunde werden deshalb gewöhnlich weit voneinander entfernt sein. Die verbindenden Energieleitungen müssen dann über Grundstücke verlegt werden, die nicht den Beteiligten gehören, für sie also fremd sind.

Diese Energieleitungen werfen die für die EVU charakteristischen betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Fragen auf, die im folgenden zu erörtern sind.

25) Vgl. E. S c h ä f e r : Die Unternehmung, S. 93, der nur zwischen herkunfts- und hinkunftsorientierten Standpunkten unterscheidet.

26) Haushalte gehören deshalb auch nicht zu den Unternehmen i.S. der Betriebswirtschaftslehre (E. S c h ä f e r : Die Unternehmung, S. 14; G. W ö h e : Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 5)

A. Das Wirtschaftsprinzip

Die Eigenheiten der EVU lassen sich am besten durch eine Beschreibung der einzelnen Unternehmensmerkmale, wie sie die Betriebswirtschaftslehre entwickelt hat, herausstellen. So ist es möglich, die Einzelheiten, die zusammen das Wesen des EVU bestimmen, in ein System zu bringen.

Die Betriebswirtschaftslehre kennt zwei große Unternehmensbereiche: Das Eigenleben eines Betriebes und sein Zusammenwirken mit anderen Unternehmen. ²⁷⁾ Dieser zweite Unternehmensbereich äußert sich in den überbetrieblichen Institutionen, Fachorganisationen und Zusammenschlüssen, also in der gesamtwirtschaftlichen Position der Unternehmung. ²⁸⁾ Diese ist im vorigen Abschnitt, soweit es für nötig gehalten wurde, dargestellt.

Der erste Unternehmensbereich, mit dem sich die betriebliche Strukturlehre oder die Lehre vom Aufbau des Betriebes befaßt, ²⁹⁾ wird charakterisiert durch das Tätigsein der Menschen im Betrieb und die Beziehungen, die dem Betrieb aus seiner Stellung zur betrieblichen Umwelt erwachsen. ³⁰⁾

Dieser Unternehmensbereich hat wiederum zwei Aspekte, nämlich einen objektiven äußeren ³¹⁾, technischen und einen subjektiven inneren ³¹⁾, wirtschaftlichen.

27) K. R ö s s l e : Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 5. Auflage Stuttgart 1956, S. 15; ähnlich G. F i s c h e r : Die Betriebsführung, Band I Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 9. Auflage Heidelberg 1964, S. 19, 30 und E. S c h ä f e r : Die Unternehmung, S. 1 ff.

28) K. R ö s s l e : Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 17

29) G. F i s c h e r : Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 30

30) K. R ö s s l e : Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 16

31) E. S c h ä f e r : Die Unternehmung, S. 47, 102; ähnlich:
G. F i s c h e r : Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 61

1. Die technische Sphäre umfaßt die innerbetriebliche Kombination von Vermögen und Arbeit, die materielle Grundlage der Wirtschaftseinheit. Die Besonderheiten der EVU auf diesem Teilbereich werden im nächsten Unterabschnitt behandelt.
2. Mit der wirtschaftlichen Unternehmenseite werden die Ziele und Absichten bezeichnet, die der Unternehmer mit dem Betriebe verfolgt. Sie bilden die ideologische Basis, auf der sich die Tätigkeit der Unternehmung bewegt.

Ihr Kern ist die Unternehmeridee. ³²⁾ Sie ist die Grundlage jeder Betriebsgründung, aber auch die erhaltende Kraft jedes bestehenden Unternehmens. Ohne schöpferischen Willen, ohne Erfindungsgabe und Pionierleistung kann ein Unternehmen auf lange Sicht kaum existieren und keinesfalls wachsen. ³³⁾

32) E. S c h ä f e r : Die Unternehmung, S. 48, In der betriebswirtschaftlichen Theorie sind Notwendigkeit und Bedeutung dieser "geistigen Konzeption" weitgehend unbeachtet geblieben, was wohl mit der Vorherrschaft der mathematisch-deduktiven Methode zusammenhängt. Eine wirklichkeitsnahe Theorie kann auf dieses Unternehmensmerkmal aber kaum verzichten.

33) Dem technischen und dem wirtschaftlichen Unternehmensbereich entsprechend wird in der Betriebswirtschaftslehre zwischen Betrieb und Unternehmung unterschieden. Als Betrieb wird eine Stätte zur Durchführung wirtschaftlicher Aufgaben "ein technisch organisatorisches Gehäuse ohne Führung und Sinnggebung" (E. S c h ä f e r : Die Unternehmung, S. 104) bezeichnet. Demgegenüber ist die Unternehmung geistiger Natur; sie kennzeichnet vor allem die finanzielle, rechtliche und organisatorische Seite der Wirtschaftseinheit (G. F i s c h e r : Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 61; E. S c h ä f e r : Die Unternehmung, S. 103).

Eine andere Lehre stellt die Unterscheidung auf die verschiedenen Prinzipien ab, die in den beiden Bereichen der Wirtschaftseinheit herrschen. Nach dieser Ansicht wird die Arbeit des Betriebes durch das ökonomische, die der Unternehmung durch das erwerbswirtschaftliche Prinzip bestimmt. Da das erwerbswirtschaftliche Prinzip, das Streben nach Gewinnmaximierung, nur in einem bestimmten Wirtschaftssystem (vgl. Anm. 34) bestehen

Forts. s. nächste Seite!

Den ideellen Bereich der Unternehmung bildet das wirtschaftliche Ziel des Unternehmers, nach dem sich die betriebliche Tätigkeit bestimmt.

Dieses Unternehmensziel ist abhängig von dem System³⁴⁾ der nationalen Volkswirtschaft, dem der Betrieb angehört. Handelt es sich wie in Deutschland um eine liberale Wirtschaftsordnung,³⁴⁾ so wird das Unternehmen nach Maximierung seines Gewinnes streben, d.h. das erwerbswirtschaftliche Prinzip praktizieren.

Forts. v. Fußnote 33)

kann, ist dieses Prinzip systemabhängig. Der Unternehmensbegriff ist also systembezogen, systemdifferent. Nicht dagegen die Bezeichnung Betrieb. Das ökonomische Prinzip - der Grundsatz, ein festgelegtes Ziel mit den geringsten Mitteln zu erreichen - gilt für jedes Wirtschaftssystem, weshalb der Betrieb eine systemindifferente Kategorie ist (E. H e i n e n : Betriebswirtschaftliche Kostenlehre, Bd. I: Begriff und Theorie der Kosten, 2. Auflage Wiesbaden 1965, S. 30, 31; G. W ö h n e : Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 8; E. G u t e n b e r g : Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 1. Band: Die Produktion, S. 494 ff). Da sich mehrere Produktionsstätten rechtlich oder finanziell zusammenfassen lassen, können Unternehmung und Betrieb auseinanderfallen. Die Besonderheiten der EVU sollen aber an einem Unternehmen dargestellt werden, das nur eine Produktionsstätte umfaßt. Die Begriffe Betrieb und Unternehmen bezeichnen deshalb denselben sachlichen Gegenstand. Darum werden sie im folgenden synonym gebraucht (G. F i s c h e r : Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 61). Dem steht auch die Trennung von Unternehmen und Betrieb wegen der unterschiedlichen Handlungsprinzipien nicht entgegen. Ein derartiger Unterschied in der Handlungsweise existiert nämlich nicht, weil beide Anwendungsfälle des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsprinzips sind, wonach zwischen Aufwand und Ertrag eine möglichst große Differenz sein soll. Weil Unternehmen und Betrieb also nach letztlich gleichen Grundsätzen handeln, können sie sich auch nicht dadurch unterscheiden.

- 34) Die Literatur unterscheidet zum Teil zwischen Wirtschaftssystem und Wirtschaftsordnung. So versteht z.B. E. P r e i s e r : Nationalökonomie Heute, München 1961, S. 40 f unter Wirtschaftsordnung oder -verfassung etwas Gewolltes, bewußt Geschaffenes. Demgegenüber faßt er den Begriff des Wirtschaftssystems weiter, indem er dazu noch den tatsächlichen Ablauf des Wirtschaftsgeschehens zählt. Dieser Differenzierung wird nicht gefolgt.

In einer zentralisierten Planwirtschaft muß der Betrieb das vorgegebene Produktionssoll mit möglichst geringen Kosten erreichen. Er darf keine Erträge erzielen, die über seine betrieblichen Aufwendungen hinausgehen, muß also eine möglichst billige Versorgung der Abnehmer erstreben. Die Unternehmen arbeiten nicht zum eigenen Nutzen, sondern zum Wohle der Allgemeinheit. Ihr Wirtschaftsprinzip wird deshalb als gemeinwirtschaftlich bezeichnet.

In der Wirklichkeit ist keines der genannten Systeme in dieser Reinheit realisiert.³⁵⁾ Auch die Marktwirtschaft ist nicht unbegrenztliberal. Sie muß gemäß dem verfassungsrechtlichen³⁶⁾ Sozialstaatsprinzip das Erwerbsstreben der Unternehmer zugunsten einer Versorgung der Bevölkerung zu angemessenen Preisen einschränken. Dementsprechend gibt es auch in der Marktwirtschaft Unternehmen, die nicht nach einem hohen Unternehmergewinn streben, sondern die Deckung des allgemeinen Bedarfs im Auge haben, also nach gemeinwirtschaftlichen Grundsätzen handeln.

Je nach der Intensität, mit der eine liberale Rechtsordnung das Sozialstaatsprinzip realisiert, hat ein Unternehmen die Möglichkeit, neben dem gemeinwirtschaftlichen noch in unterschiedlichem Maße das erwerbswirtschaftliche Prinzip zu verwirklichen. Es kann versuchen, den Verlust unter einer bestimmten Grenze zu halten, die Deckung seiner Kosten zu erreichen oder so viel Gewinn zu erwirtschaften, wie zur Anlegung der notwendigen Rücklagen notwendig ist. Zwischen den beiden Polen des gemein- und erwerbswirtschaftlichen Prinzips gibt es also eine Skala weiterer Wirtschaftsprinzipien. Da sie immer eine Kombination der beiden Extreme darstellen, die sich nur nach den verschiedenen Verhältnissen ihrer Anteile unterscheiden, faßt man sie unter dem Begriff gemischtwirtschaftliche Prinzipien zusammen.

35) G. W ö h e : Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 7

36) Vgl. S. 31, Anm. 75

Die EVU decken die Nachfrage nach Massenbedarfsgütern. Jedermann braucht Energie und muß sich damit versorgen. Die Höhe des Energieverbrauchs bestimmt deshalb das Wachstum einer Wirtschaft und den Lebensstandard eines Volkes. Beides zu fördern liegt im Interesse der Allgemeinheit. Der Staat kann nicht zulassen, daß der Energieverbrauch infolge unangemessener Preise sinkt. Er muß deshalb das Erwerbsstreben der EVU einschränken. Daraus erklärt sich, daß die Energieerzeugung und -verteilung dem Sozialstaatsprinzip unterliegen. Die EVU praktizieren deshalb ein Wirtschaftsprinzip, das "irgendwie auf Gewinnbegrenzungs- und Angemessenheitsvorstellungen beruht." 37)

Diese Selbstbescheidung ist nicht das Ergebnis einer freien Willensentscheidung der Unternehmen. Wäre das EVU in der Wahl seines Wirtschaftsprinzips nicht durch das Sozialstaatsprinzip des Art. 20 GG beschränkt, würde es auch nach Gewinnmaximierung streben, wie jedes Unternehmen der freien Marktwirtschaft.

Das Erwerbsstreben wird von außen her durch die Wirtschaftsverfassung eingeschränkt. Das geschieht bei den EVU mit Hilfe des Wegebenutzungsvertrages. Dieser ist auch die betriebliche Grundlage des EVU, wie sich aus dem folgenden ergibt.

37) E. G u t e n b e r g : Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 1. Band: Die Produktion, S. 465. Der erzwungene Verzicht auf Streben nach Gewinnmaximierung hat die Unternehmerstruktur in der Energiewirtschaft beeinflusst. Z.T. ist die Privatwirtschaft an ihr nicht mehr interessiert. Die entstandene Lücke haben öffentliche Unternehmer gefüllt. Die Unternehmen, die sie betreiben, werden aber, soweit es das Sozialstaatsprinzip zuläßt, nach privatwirtschaftlichen Grundsätzen geführt, so daß auch diese Wirtschaftseinheiten noch Unternehmen sind (vgl. hierzu E. S c h ä f e r : Die Unternehmung, S. 77).

B. Die Produktionsfaktoren

Der Typ des EVU, von dem hier ausgegangen werden soll, ist ein Unternehmen, das Elektrizität selbst erzeugt und sie über ein eigenes Verteilernetz an seine Kunden abgibt.

Der technische Bereich des EVU wird durch sein Betriebsvermögen bestimmt. Es besteht aus den Einrichtungen zur Herstellung und Verteilung der Energie in ihren verschiedenen Formen, sowie den Betriebsmitteln zur Gewinnung der Energie, in erster Linie Kohle, Wasser und Minerale. ³⁸⁾

Dieser sachliche Teilbereich der Unternehmung gliedert sich in vier Abschnitte: Produktion, Absatz, Finanzierung und Investition. ³⁹⁾

1) Die Produktion ist die betriebliche Leistungserstellung. Je nachdem, ob daran stärker sachliche Produktionsmittel oder menschliche Arbeitsleistungen beteiligt sind, wird zwischen kapital- und arbeitsintensiven Betrieben unterschieden.

Die Erkenntnisse in der Physik und der damit verbundene technische Fortschritt haben gerade in der Energiewirtschaft den Großbetrieb, das kapitalintensive Unternehmen, geschaffen. ⁴⁰⁾ Mit dem Ziel, die Energieversorgung zu verbilligen, wurden immer spezialisiertere Produktionsmittel angeschafft, weil diese kostengünstiger arbeiten. ⁴¹⁾ Diese Spezialanlagen sind aber gewöhnlich größer und teurer als sogenannte Mehrzweckmaschinen, so daß ihre Anschaf-

38) K. S t e r n : Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, Archiv für Öffentliches Recht, Bd. 84, 1959, S. 139; E i s e r - R i e d e - r e r - S i e d e r : Energiewirtschaftsrecht, München-Berlin Stand 1961 (Loseblattsammlung), S. I 33

39) G. W ö h e : Einführung in die allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. IX ff

40) G. F i s c h e r : Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 258

41) E. G u t e n b e r g : Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, I. Band: Die Produktion, S. 81 ff

fung die Anlagenintensität der EVU verursacht. 42)

Neben diesen für alle Unternehmen geltenden Trend zum Übergewicht der Produktionsmittel gegenüber der Arbeit treten für die EVU noch zwei weitere, typisch energiewirtschaftliche Gründe für ihre Anlagenintensität.

Die EVU sind aus technischen Gründen gezwungen, jeden Bedarf zu decken. Sie müssen deshalb ihre Erzeugungsanlagen nach dem Spitzenbedarf ausrichten. Darüberhinaus müssen sie über eine entsprechende Erzeugungsreserve verfügen. Diese muß im Normalfall der Kapazität des größten Aggregats, das ausfallen könnte, entsprechen. 43)

Diese Situation, daß das Unternehmen seine Kapazitätsgröße nicht selbst bestimmen kann, besteht in der Industrie sonst nicht, weil sie ihr Angebot selbst bestimmen und bei fehlender Nachfrage auf Lager arbeiten kann. 44)

Der zweite energiewirtschaftliche Grund für die außergewöhnliche Anlagenintensität der EVU ist deren Versorgungsnetz, die Energiestraßen, mit deren Hilfe sie ihre Leistungen an die Verbraucher heranbringen. Diese kosten die EVU etwa das Dreifache ihrer ohnehin schon teureren Erzeugungsanlagen. 45)

Auch diese eigene "Frachtbedienung" 45) gibt es in der In-

42) Kleinbetriebe können die Produktionsvorteile der Großaggregate nicht ausnützen, da sie diese Maschinentypen nicht verwenden können. Großautomaten sind nämlich nicht beliebig teilbar, so daß sie sich nicht für jede Betriebsgröße eignen (E. G u t e n b e r g : Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, I. Band: Die Produktion, S. 418). Das gilt vornehmlich für die Betriebe der Urproduktion (E. S c h ä f e r : Die Unternehmung, S. 135).

43) Vgl. S. 6

44) K. M o r g e n t h a l e r : Die kartellrechtliche Bedeutung der Unternehmensstruktur in der Energieversorgung, Köln 1966, S. 9

45) K. M o r g e n t h a l e r : Die kartellrechtliche Bedeutung der Unternehmensstruktur in der Energieversorgung, S. 10

dustrie nicht. Gewöhnlich werden die Erzeugnisse durch die allgemeinen Beförderungsmittel verteilt. Der Transport erfolgt außerdem in der Regel auf Kosten und Gefahr des Kunden.

Die Anlagenintensität der EVU schlägt sich in ihrer Kostenrechnung nieder und verursacht hohe fixe Kosten pro Leistungseinheit. Sie betragen bei den Elektrizitätsversorgungsunternehmen durchschnittlich 73 % der Gesamtkosten.⁴⁶⁾⁴⁷⁾

Die hohen Fixkosten führen zu einer sehr steilen U-förmigen Stückkostenkurve, d.h. das Unternehmen arbeitet nur in einem sehr engen Leistungsbereich zu den geringsten Kosten pro Leistungseinheit. Schon bei verhältnismäßig geringem Absatzrückgang erhöhen sich die Kosten pro Energieeinheit stark. ⁴⁸⁾

Dies erläutert das folgende Beispiel: ⁴⁹⁾

Die Kapitalinvestition für die Benutzung des Kilowatts (kWh) in einer Stunde (kWh) beträgt etwa 1400 - 1800 DM. Bei jährlichen Kapitalkosten von 10 % beträgt der Kapitaldienst pro kWh und Jahr 140 - 180 DM. Bei 4000 jährlichen Benutzungsstunden sinken die Kapitalkosten pro Jahr auf 3,5 - 4,5 Pfennig pro kWh. Bei 2000 Benutzungsstunden steigen sie auf 7 - 9 Pfennig pro kWh.

46) L. H o s e : Der Energieversorgungsvertrag, Dissertation Frankfurt/Main 1961, S. 44; H. D i c k m a n n : Die Rechtsnatur des Energieversorgungsvertrages, Dissertation Köln 1950, herausgegeben vom Verein Deutscher Elektrizitätswerke e.V., S. 18; H.A. W i e a c k e r : Die Wegebenutzungs- und Gebietsschutzverträge in der Elektrizitäts- und Gasversorgung, Beiträge zum Energierecht, zusammengestellt von Malzer, herausgegeben von der Vereinigung Industrieller Kraftwirtschaft, Essen 1959 (zit. Beiträge zum Energierecht).

47) Nach L. H o s e : Der Energieversorgungsvertrag, S. 43 schlägt sich das Anlagekapital durchschnittlich alle 3 bis 4 Jahre einmal um.

48) E. G u t e n b e r g : Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre 1. Band: Die Produktion, S. 83 f

49) Entnommen aus K. M o r g e n t h a l e r : Die kartellrechtliche Bedeutung der Unternehmensstruktur in der Energieversorgung. S. 11

Die Rentabilität eines EVU hängt damit hauptsächlich von der Sicherung der optimalen Kapazitätsausnutzung ab. Um sie zu erreichen, müssen die EVU "Marktsicherungsmaßnahmen" ⁵⁰⁾ ergreifen. Sie gehören in den Bereich des Absatzes.

2) Der Absatz umfaßt neben der Verkaufstätigkeit die "Vorbereitung, Anbahnung, Durchführung und Abwicklung der vertriebs- und absatzorientierten Tätigkeit." ⁵¹⁾

Weil die EVU anlagenintensive Unternehmen sind, die nur innerhalb eines geringen Leistungsbereiches mit niedrigen Einheitskosten arbeiten, ist der Absatzplan vom Produktionsplan abhängig, d.h. das EVU muß den Absatz der von der Unternehmensgröße und -struktur her bestimmten optimalen Fertigungsmenge anpassen. Dazu stehen ihm wie jedem Betrieb, die Mittel der Preis- und Präferenzpolitik zur Verfügung. ⁵²⁾

Die EVU versuchen durch Preisspaltung einen gleichmäßigen Absatz zu erreichen. So gewähren sie billige Nachttarife, um dadurch die Nachfrage nach Nachtstrom zu erhöhen und zu einem gleichmäßigeren Tagesabsatz zu kommen.

Zum Teil werden Strompreise außerdem jahreszeitlich differenziert, um im Sommer, wenn der Elektrizitätsbedarf der Haushalte zurückgeht, den Absatz durch billigere Preise auf den Winterstand anzuheben. Die EVU sind auch be-

50) R. D i d d e n : Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, München 1952, S. 8

51) G. W ö h e : Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 221; ähnlich E. G u t e n b e r g : Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 2. Band: Der Absatz, 8. Auflage Berlin-Heidelberg-New York 1965, S. 2. Anders: K. M e l l e r o w i c z : Allgemeine Betriebswirtschaftslehre Bd. 3, 10. Auflage Berlin 1959, S. 123, der Absatz gleich Vertrieb, gleich Umsatz setzt.

52) G. W ö h e : Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, S. 225

strebt, sich Abnehmergruppen zu schaffen, die nach Tages-, Monats- und Jahreszeiten verschiedene Bedarfsspitzen haben. Wenn sich der Bedarf der Abnehmergruppen ausgleicht, spricht man von einer guten Absatzdurchmischung. ⁵³⁾

Diese Maßnahmen der Preispolitik werden für die Sicherung eines bestimmten Absatzes aber meist nicht ausreichen, da die EVU ihrer hohen fixen Kosten wegen eine sehr geringe Gewinnspreize haben, innerhalb der sie die Preise variieren können, und außerdem die Nachfrage vor allem der Haushalte sehr preisunelastisch ist.

Auch die Verbundwirtschaft der EVU, die durch enge Zusammenarbeit mehrerer Werke - etwa von Erzeugungs-, Großverteilungs- und Kleinverteilungsunternehmen - einen Beschäftigungseffekt schaffen soll, ⁵⁴⁾ reicht zur Sicherung eines Mindestabsatzes in der Energiewirtschaft kaum aus.

Durch die von den EVU also nur noch die Mittel der Präferenzpolitik mit ihrer Hilfe schützen in Deutschland die EVU ihre Absatzgebiete vor Konkurrenten. Sie machen sich dabei die Tatsache zunutze, daß Abnehmer eines EVU, das seine Leitungen in Gemeindestraßen verlegt, gewöhnlich die Hauszähler sind. Das Absatzgebiet eines EVU fällt also mit dem Versorgungsgebiet einer öffentlichen-rechtlichen Körperschaft zusammen. Das EVU dominiert diesen Markt, indem es die Gemeinde in Versorgungsvertrag verpflichtet, keinem weiteren EVU eine Konzession zur Wegebenutzung zu erteilen (sog. Ausschließlichkeitsklausel). ⁵⁵⁾

Durch das Versorgungsgebiet des EVU vor Konkurrenz gesichert. Das EVU hat den ihm aus betriebswirtschaftlichen Gründen

53) K. M o r g e n t h a l e r : Die kartellrechtliche Bedeutung der Unternehmensstruktur in der Energieversorgung, S. 16

54) E. S c h ä f e r : Die Unternehmung, S. 203

55) K. S t e r n : Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages; Archiv für öffentliches Recht, Bd. 84, 1959, S. 144

aufgezwungene Ziel möglichst ausschließlicher Versorgung eines bestimmten Gebietes erreicht. Sein Bestand und damit die Energieversorgung als motorisches Nervensystem des allgemeinen Lebens und der Wirtschaft ist gesichert. 56) Das Ausschließlichkeitsrecht ist deshalb der Grundpfeiler der deutschen Energieversorgung. 57)

Eine zweite Maßnahme zur Nachfragekonzentration ist der Demarkationsvertrag. In ihm verpflichten sich EVU mit angrenzenden Versorgungsgebieten, nicht in die Absatzbereiche des Partners in irgendwelcher Form einzudringen. 58)

Durch Konzentrations- und Demarkationsvertrag erlangen die EVU eine Monopolstellung. 59)

Diese Marktstellung der EVU widerspricht ausnahmsweise nicht den Interessen des Abnehmers: Müßte nämlich das Unternehmen seinen Markt mit Konkurrenten teilen, würde sich der Absatz verringern. Das EVU wäre gezwungen, seinen Betrieb einzuschränken, was zur Folge hätte, daß es die Kostenvorteile von Spezialmaschinen nicht mehr ausnutzen könnte, da diese Großunternehmen voraussetzen. Die Kostenstruktur des EVU würde sich verschlechtern, die Preise steigen. So erklärt sich das Phänomen, daß in der Energiewirtschaft der Grundsatz, freier Wettbewerb führe zu den niedrigsten Preisen, nicht gilt.

Die konzentrierte Nachfrage wirkt sich auf die Produktion des Unternehmens aus. So wird nicht nur, wie eingangs dargestellt, der Absatz von der Produktion bestimmt, 60) son-

56) H. W i r t h : Das Wegerecht für Energieleitungen, Beiträge zum Energierecht, S. 225

57) H. W i r t h : Das Wegerecht für Energieleitungen, Beiträge zum Energierecht, S. 224

58) H. A. W i e a c k e r : Die Wegebenutzungs- und die Gebietsschutzverträge in der Elektrizitäts- und Gasversorgung, Beiträge zum Energierecht, S. 209

59) L. H o s e : Der Energieversorgungsvertrag, S. 24 spricht zu Unrecht von einer unvollständigen Konkurrenz auf Teilmärkten.

60) Vgl. S. 22

dern im Monopolstadium auch die Produktion vom Absatz gelenkt; denn der Abnehmer bestimmt durch seinen Verbrauch Zeitpunkt und Menge der Erzeugung.⁶¹⁾

3) Neben der Absatzpolitik stehen auch Investition und Finanzierung unter dem Einfluß der Anlagenintensität des EVU.

Eine Investition wird nur vorgenommen, wenn sie sich rentiert, d.h. wenn bis zum Ende der betrieblichen Tätigkeit das für die Investition aufgewendete Kapital wieder in den Betrieb zurückgeflossen ist. Diese Liquidation erfolgt durch die Abschreibungen. Große Investitionen erfordern große Abschreibungsraten und damit hohe Preise. Sollen die Preise im Interesse der Verbraucher niedrig gehalten werden, müssen auch die Abschreibungen gering sein. Das läßt sich bei Unternehmen mit hoher Anlagenintensität nur dadurch erreichen, daß sie auf längere Zeit verteilt werden. Dementsprechend streben die EVU nach einer langen Betriebsdauer. Die Benutzungsverträge als Grundlage der EVU müssen deshalb so langfristig sein, daß das EVU das gesamte investierte Kapital über die Abschreibung wieder verdienen kann. Die Erfahrung zeigt, daß dafür ein Zeitraum von 20 bis 30 Jahren nötig ist.⁶²⁾

Aus der Darstellung der betriebswirtschaftlichen Besonderheiten der EVU ergibt sich, daß ihre Existenz von den Benutzungsverträgen abhängt. Ohne wirksame Benutzungsverträge liegen die Versorgungsleitungen ohne Berechtigung in fremdem Boden. Der Grundeigentümer kann das EVU von seinen Kunden trennen. Wenn dem Betrieb der Absatz unmöglich wird, kann er seinen Betriebszweck nicht mehr verfolgen: er ist zu liquidieren.

61) Vgl. S. 5

62) E i s e r - R i e d e r e r - S i e d e r : Energie-wirtschaftsrecht, München-Berlin Stand 1961 (Loseblattsammlung), S. V 39a

Für das EVU und damit für die gesamte Energiewirtschaft sind deshalb Inhalt und Wirksamkeit des Benutzungsvertrages von entscheidender Bedeutung. Seine Problematik wird deshalb aufgezeigt. Vor allem sollen die Nichtigkeits- und Kündigungsgründe dargelegt werden. Denn auf sie hat sich das EVU betriebswirtschaftlich einzustellen.

Neben dieser praktischen Bedeutung des wirksamen Benutzungsvertrages für die Existenz des EVU, ist die Verbindung der wirtschaftlichen und rechtlichen Sphäre des EVU auch von theoretischem Interesse. Denn hier zeigt sich besonders klar, daß Wirtschaft und Recht nur verschiedene Standpunkte bei der Beobachtung desselben Gegenstandes sind. So erscheinen auch im juristischen Benutzungsvertrag die betriebswirtschaftlichen Besonderheiten des EVU.

Bevor auf den Benutzungsvertrag als solchen eingegangen wird, ist die rechtliche Position der beiden Vertragspartner darzustellen, um die gegensätzliche Interessenlage, die die Basis jeden Vertrages ist, zu kennzeichnen. Ihre Kenntnis ist für Verständnis und Auslegung des Vertrages unerläßlich, da sie zum Inhalt des Vertrages erwächst. Mit der Schilderung der Parteiinteressen lassen sich außerdem die einzelnen Vertragsklauseln andeuten.

2. Kápitel: Die Partner des Benutzungsvertrages

=====

1. Abschnitt: Das Fehlen eines Energiewegerechts im deutschen Wirtschaftsrecht

Die EVU haben kein gesetzliches Recht, fremde Grundstücke zur Verlegung ihrer Leitungen zu benutzen. Das deutsche Energierecht kennt - abgesehen vom Telegrafenerwegesgesetz ⁶³⁾ - kein Energiewegerecht. Der Gesetzgeber hat sich trotz mehrfacher Aufforderung nicht bereitgefunden, ein solches zu normieren. ⁶⁴⁾

Damit steht der Benutzung von Grundstücken zur Leitungsverlegung das Recht des Grundstückseigentümers entgegen; denn er kann "andere von jeder Einwirkung" auf sein Eigentum ausschließen. ⁶⁵⁾ Von diesem Grundsatz macht aber § 905 S. 2 BGB eine Ausnahme, wonach der Eigentümer Einwirkungen nicht verbieten kann, "die in solcher Höhe oder Tiefe vorgenommen werden, daß er an der Ausschließung kein Interesse hat".

Ob das Eigentümerinteresse durch die Leitungsverlegung be-

63) Telegrafenerwegesgesetz vom.18.12.1899 RGBl. I S. 705

64) 1906 war das Wegerecht des Telegrafenerwegesgesetzes Ausgangspunkt für Bestrebungen nach der Normierung eines Starkstromwegerechts. 1909 wurde dem Reichsminister des Innern ein Referentenentwurf vorgelegt, nach dem der Unternehmer öffentlicher Starkstromanlagen das Recht erhalten sollte, die öffentlichen Verkehrswege für die Leitungen seiner Anlage unentgeltlich zu benutzen. Der Widerstand der Kommunen gegen diesen Entwurf setzte sich aber durch und brachte ihn zum Scheitern. 1920 sollte im Zuge der Sozialisierungsgesetze wiederum ein Wegerecht konstituiert werden, das das Wegebenutzungsrecht dem Eigentümer entziehen und an besondere Konzessionsbehörden übertragen sollte. Auch in jüngerer Zeit wurde die Normierung eines Wegerechts gefordert. Vgl. hierzu H. W i r t h : Das Wegerecht für Energieleitungen, Beiträge zum Energierecht, S. 221

65) § 903 des Bürgerlichen Gesetzbuches vom 18.8.1896. BGBl. S. 195 (BGB)

rührt wird oder nicht, hängt von der Art der Grundstücksbenutzung ab. 66)

Überlandleitungen, die, wie der Name schon sagt, nicht über oder unter Wegekörper verlegt werden, führen meist über land- oder forstwirtschaftlich genutzten Boden. Eine derartige Grundstücksbenutzung wird durch die Überspannung mit Leitungen allein nicht beeinträchtigt. Ihre Behinderung ist auch nicht zu besorgen.

Damit fehlt dem Eigentümer ein gegenwärtiges oder zukünftiges Interesse, die Überspannung seines Grundstückes zu verbieten. 67) Das EVU kann seine Leitungen also ohne Zustimmung des Eigentümers verlegen.

Werden aber Trägermasten auf landwirtschaftlichen Grundstücken errichtet, so ist der Eigentümer dadurch beeinträchtigt. Das EVU kann also ohne seine Zustimmung keine Masten erstellen. § 905 S. 2 BGB ist nicht anwendbar.

Gegen den Willen des Eigentümers kann ein Mast auf seinem Grund nur durch dessen Belastung mit einer Grunddienstbarkeit im Wege des Enteignungsverfahrens errichtet werden. 68)

Die Rechtsverhältnisse, die der Bau von Überlandleitungen zwischen EVU und dem betroffenen Eigentümer aufwirft, gehören aber nicht zum Thema der Arbeit; denn dieses befaßt

66) Entscheidung des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ), Bd. 150 der amtlichen Sammlung S. 216, 226 vom 7.2.1936.

67) H o c h e bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, 24. Auflage München und Berlin 1965, § 905 Anm. 2

68) Vgl. § 11 Abs. 1 Gesetz zur Förderung der Energiewirtschaft vom 13.12.1935 RGBI. I S. 1451 (EnergG). Eine derartige Enteignung ist auch dann gerechtfertigt, wenn der Grundstückseigentümer dem EVU ein obligatorisches Nutzungsrecht anbietet; denn es ist allgemein anerkannt, daß Energiefernleitungen auf ein unbegrenztes, d.h. unkündbares Nutzungsrecht angewiesen sind. Eine derartige Rechtsposition erlangen die EVU nur durch Bestellung eines dinglichen Rechts. (J. E n g e r t : Die Kreuzung öffentlicher Straßen durch unterirdische Fernleitungen nach neuem Wegerecht. Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1964, S. 1300 ff, 1303).

sich nach seinem Wortlaut nur mit solchen EVU, die ihre Leitungen in oder über öffentliche Straßen verlegen. 69)

Nur diese Betriebe sind gemeint, wenn im folgenden von EVU die Rede ist. Der eingangs definierte Begriff des EVU wird entsprechend eingeschränkt. 70)

Die in öffentliche Wege verlegten Energiestraßen sind der weitaus größte Teil aller Energieleitungen; denn das EVU wird eine solche Leitungsführung jeder anderen vorziehen, weil sie am einfachsten und bequemsten ist: Die Wege stehen regelmäßig im Eigentum einer Gebietskörperschaft, so daß das EVU nur mit ihr verhandeln muß, also nicht einer Vielzahl von Vertragspartnern gegenübersteht. 71) Ein weiterer Vorteil ist, daß die Energieverbraucher am Straßennetz liegen, also am leichtesten an die Versorgungsleitungen angeschlossen werden können, wenn sich diese im Straßenkörper befinden.

Für die Benutzung der Wege zur Energiefortleitung ist die Zustimmung der Gemeinde als Wegeeigentümerin notwendig. Auf § 905 S. 2 BGB kann sich das EVU nicht berufen; denn diese Vorschrift ist nicht anzuwenden, wenn die Leitungsverlegung die Gemeinde in der Benutzung ihres Wegeeigentums beeinträchtigt, oder eine Behinderung in der Benutzung zu besorgen ist. 72) Die Kommune braucht den Luftraum über der Straße, wie auch den Straßenkörper, um ihre

69) H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, Berlin 1930, S. 6. So werden nach § 4 des Statutes der Vereinigung von Elektrizitätswerken nur solche Unternehmen als Mitglieder aufgenommen, "die gewerbsmäßig elektrische Arbeit abgeben, wenn zu der Fortleitung dem öffentlichen Verkehr dienende Wege benutzt oder gekreuzt werden." H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsgrundlagen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 6 Anm. 1

70) Vgl. S. 12

71) R. D i d d e n : Die Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, München 1952, S. 5

72) Vgl. Anm. 67

Pflichten gegenüber den Gemeindebürgern erfüllen zu können. So muß die Kommune selbst die Straßen überspannen, um die notwendigen Beleuchtungskörper aufzuhängen und die für evtl. Verkehrsmittel notwendigen Oberleitungen zu befestigen. Über den Straßenkörper muß die Gemeinde verfügen können, um darin die Wasserleitungen und Abwasserkanäle zu verlegen. Die Verlegung der Energieleitungen ohne Zustimmung der Gemeinde ist deshalb rechtswidrig. 73)

Will also ein EVU seine Erzeugnisse an die Bürger einer Gemeinde verkaufen, so braucht es von der Gemeinde deren Einverständnis zur Leitungsverlegung. 74) Die Gemeinde wird in die Benutzung ihrer Grundstücke regelmäßig einwilligen, da sie selbst an der Versorgung ihrer Bürger mit Energie interessiert ist. Sie muß für die Benutzung ihres Eigentums ein Entgelt verlangen. Die Gestattung einer kostenlosen Gebrauchsgewährung widerspräche dem Grundsatz sparsamer Verwaltung des Gemeindevermögens. 74a)

Das Ergebnis dieser Verhandlungen ist der Wegebenutzungsvertrag.

73) RGZ in Juristischer Wochenschrift (JW) 1928, S. 502 vom 7.7.1927; G. M a l z e r : Die Verlegung von Versorgungsleitungen über (unter) fremde Grundstücke hinweg (§ 905 S. 2 BGB), Beiträge zum Energierecht, S. 235

74) Damit ist nur die Leitungsverlegung bis an die Grundstücksgrenze des Abnehmers gesichert. Die Führung der Leitung über dessen Grundstück gehört nicht zum Thema.

74a) Art. 12⁽²⁾ S 2 BV, Art. 61⁽¹⁾(3) GO

2. Abschnitt: Der Benutzungsvertrag als Mittel gemeindlicher Sozialpolitik

A. Die Verpflichtungen der Gemeinde

Gemäß dem verfassungsrechtlich normierten Sozialstaatsprinzip ⁷⁵⁾ ist die Gemeinde verpflichtet, ihre Bürger mit Wasser, Gas und Elektrizität zu beliefern. Für ihre Versorgungstätigkeit kann die Kommune nur Entgelte verlangen, die dem Einkommen der Bevölkerung angemessen sind.

Die Gemeinde hat die Möglichkeit, ihre Verpflichtungen durch Betriebe zu erfüllen, die sie in eigener Regie führt, oder sie kann Dritte mit der Versorgung der Bevölkerung beauftragen und verpflichten. Nur im letzten Fall schließt die Gemeinde einen ~~Negebenutzungsvertrag~~.

Bedient sich die Gemeinde eines Dritten, muß sie dafür sorgen, daß dieser den Energiebedarf ihrer Bürger genauso sicher und zuverlässig deckt, wie sie selbst es zu tun verpflichtet ist. Die Gemeinde muß daher im Benutzungsvertrag durch entsprechende Abreden sicherstellen, daß jeder Bürger auf seinen Wunsch mit Energie beliefert wird. Dazu gehört auch, daß die Bewohner noch zu erschließender Gemeindegebiete an das Energienetz angeschlossen werden. Die Gemeinde muß also verlangen, daß das EVU dem Bau neuer Straßen mit der Leitungsverlegung folgt.

75) Vgl. Art. 20 Abs. 1 des Grundgesetzes für die Bundesrepublik Deutschland vom 23.5.1949, BGBl. S. 1 (GG); Art. 83 der Verfassung des Freistaates Bayern vom 21.12.1946, BayBS I S. 3 (BV) und Art. 57, 7 der Gemeindeordnung für den Freistaat Bayern vom 25.1.1952, BayBS I S. 461 (GO). Die hierin niedergelegte Verpflichtung der Gemeinde, die Energieversorgung der Bevölkerung sicherzustellen, besteht zwar nicht gegenüber dem einzelnen, sondern nur gegenüber der Aufsichtsbehörde. Auf jeden Fall hat aber der Bürger einen mittelbaren Anspruch auf Versorgung zu sozialen Bedingungen, denn er kann durch den formlosen Rechtsbehelf der 1. Aufsichtsbeschwerde die Gesetzmäßigkeit der Verwaltung nachprüfen lassen.

Mit der Begründung eines Lieferungsanspruches der Bürger ist aber deren Versorgung noch nicht sichergestellt. Denn was nützt der Anspruch auf Anschluß an das Versorgungsnetz, wenn das EVU die nötige Energiemenge gar nicht bereithält. In den Wegebenutzungsvertrag muß also auch eine Abrede aufgenommen werden, die das EVU zur Vorhaltung jeder möglicherweise nachgefragten Energiemenge verpflichtet.

Die Gemeinde hat auch dafür zu sorgen, daß der Energiebedarf für einen möglichst langen Zeitraum, am besten für immer, gedeckt ist. Sie wird also verlangen, daß ihr das EVU übertragen wird, wenn das Unternehmen einmal seinen Betrieb einstellen sollte. Die Gemeinde kann das EVU dann selbst betreiben.

Endlich muß die Gemeinde das EVU an der Festsetzung überhöhter Tarife hindern. Diese Gefahr ist wegen der Monopolstellung des EVU gegenüber dem Abnehmer besonders groß. Zwar würde eine Konkurrenz zwischen mehreren EVU wie gezeigt ⁷⁶⁾ zu einer Tarifsteigerung führen. Jedoch hat der Abnehmer keinen Anspruch, daß das EVU, wenn es ein Angebotsmonopol besitzt, die dadurch möglichen Kostenersparnisse ⁷⁶⁾ an ihn weitergibt. Dafür hat die Gemeinde zu sorgen. Sie erfüllt diese Verpflichtung, indem sie sich vom EVU ein Mitwirkungsrecht bei der Festsetzung und Änderung von Tarifen einräumen läßt.

B. Die Machtmittel der Gemeinde

Die Gemeinde hat nicht nur die Pflicht, das EVU zu diesen Leistungen aufzufordern, sie besitzt auch die Macht, ihren Partner zur Erbringung dieser Leistungen wirksam zu verpflichten. Die Gemeinde hat als Alleineigentümerin der Wege, auf deren Benutzung das EVU angewiesen ist, diesem ge-

76) Vgl. S. 24

genüber eine Monopolstellung. Eine derartige Machtposition hat das EVU gegenüber der Gemeinde nicht; denn der Kommune steht es frei, mit einem anderen EVU den Benutzungsvertrag abzuschließen.

Deshalb kann die Gemeinde gegen die Erlaubnis, ihre Wege zu benutzen, dem EVU alle genannten Leistungsversprechen abverlangen und dazu noch ein Entgelt für die Wegebenutzung fordern.

Die Machtposition des EVU, die es auf Grund seiner Monopolstellung im Energieversorgungsvertrag besitzt, braucht der Abnehmer deshalb nicht zu fürchten; denn er ist durch die Monopolstellung seiner Gemeinde gegenüber dem EVU im Benutzungsvertrag geschützt. ⁷⁷⁾

Durch diesen Vertrag ist es ihm möglich, der Monopolstellung des EVU die der Gemeinde entgegenzustellen. Man spricht deshalb von der "Ordnungsfunktion" ⁷⁸⁾ des Wegebenutzungsvertrages.

77) Dies ist der Grund, warum das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen vom 27.7.1957 BGBl. I S. 1081 (GWB) gegen Angebotskonzentrationen auf dem energiewirtschaftlichen Sektor nur beschränkt vorgeht: Demarkations- und Konzentrationsverträge sind, obwohl wettbewerbsbeschränkend, nicht unwirksam (§ 103 Abs. 1 Ziff. 1, 2 i.V. mit § 15), die Kartellbehörde kann gegen sie nur bei Mißbrauch der vertraglichen Machtposition einschreiten (§ 104 Abs. 1, 2), sie sind nur anmeldepflichtig (§§ 103 Abs. 3, 9 Abs. 2), nichtig nur, wenn sie die Versorgung mit einer Energieart ausschließen (§ 103 Abs. 2).

78) K. B a l l e r s t e d t : Grundprobleme des Rechts der Konzessionsabgaben (KA), Zeitschrift: Der Betriebsberater 1958, S. 125

3. Abschnitt: Der typische Inhalt des Benutzungsvertrages

A. Die einzelnen Vereinbarungen

Der Wegebenutzungsvertrag wird häufig geschlossen, weil jede Gemeinde ihre Bürger mit Elektrizität zu versorgen hat und nicht jede die EVU in eigener Regie betreibt. Bei allen Verträgen ist auch die dargestellte Interessenlage der Parteien dieselbe, so daß sich die Wegebenutzungsverträge im wesentlichen gleichen.

Obwohl es keinen amtlichen Formularvertrag gibt, ist ihr Inhalt aus den vorgenannten Gründen typisiert. Er lautet wie folgt:

1) Die Gemeinde gestattet dem EVU die Verlegung seiner Versorgungsleitungen in ihren Grund und Boden und verpflichtet sich, keinem anderen EVU während der Vertragsdauer die Benutzung ihres Grundeigentums zu erlauben (sog. Benutzungsklausel). Dafür zahlt das EVU der Gemeinde ein Entgelt. Es beträgt einen bestimmten Prozentsatz von den Roheinnahmen des EVU. Dieser darf eine gesetzliche Höchstgrenze nicht überschreiten. Eine Vorausleistungspflicht der Gemeinde besteht nicht.

2) Die Gemeinde erhält das Recht, das EVU mit sämtlichen Anlagen bei Vertragsablauf zu übernehmen ⁷⁹⁾ (Heimfallklausel).

79) Das Übernahmerecht kann ohne oder gegen Entgelt gewährt werden. Im ersten Fall spricht man von "Heimfallrecht". Von einem derartigen unentgeltlichen Übernahmerecht wird ausgegangen. Über seine Vereinbarkeit mit der Anordnung über die Zulässigkeit von Konzessionsabgaben der Unternehmen und Betriebe zur Versorgung mit Elektrizität, Gas, Wasser an Gemeinden und Gemeindeverbände, Konzessionsabgabenanordnung - Energie (KAE) vom 4.3.1941, Reichsanzeiger Nr. 57 vom 8.3.1941, der Ausführungsanordnung zur KAE (A/KAE) vom 27.2.1943 Reichsanzeiger Nr. 75 vom 31.3.1943 und den Durchführungsbestimmungen zur KAE und zur A/KAE (D/KAE) vom gleichen Tage a.a.O. vgl. S. 99. An der Fortgeltung der KAE wird z.T. gezweifelt (vgl. W. K a l b : Weitergeltung des Konzessionsabgabenrechts als vorkonstitutionelles Recht? Der Gemeindehaushalt, Sonderdruck zu Heft 5 vom Mai 1961, S. 104), jedoch zu Unrecht (BGHZ vom 22.10.1954 NJW 1955 S. 104, Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.10.1965 Bayer. Verwaltungsblätter 1966, S. 131 ff.).

3) Das EVU verpflichtet sich, jeden Antragsteller zu den allgemeinen Versorgungsbedingungen anzuschließen (Kontrahierungsklausel).

4) Das EVU verpflichtet sich zur Erstellung der Produktions- und Verteilungsanlagen, die zur Befriedigung des gegenwärtigen und zukünftigen Bedarfs der Gemeindebürger erforderlich sind (Betriebsklausel). Die Kosten hierfür trägt das EVU. ⁸⁰⁾

5) Die Gemeinde hat bei der Gestaltung der Tarife ein Mitbestimmungsrecht bezüglich der Art der zu liefernden Energie (Drehstrom, Gleichstrom, Spannung), der Messung beim Abnehmer und der Art und Weise der Bezahlung ⁸¹⁾ (Mitwirkungsklausel).

6) Sonstige Vereinbarungen: Werden Straßen verlegt, so hat das EVU mit der Verlegung der Leitungen der Straßenführung zu folgen. Der Verkehr ist dabei so wenig wie möglich zu behindern. Die Kosten der Verlegung trägt das EVU (Folgepflicht). ⁸²⁾

Der Rechtsweg ist nur nach Anrufung des Schiedsgerichts zulässig (Schiedsklausel).

Der Vertrag gilt 30 Jahre.

80) Im Gegensatz hierzu enthalten manche Benutzungsverträge eine Verpflichtung der Gemeinde, für neue Anlagen des EVU Baukostenzuschüsse zu leisten.

81) F. L i s t : Energierecht, Grundriß der Grundfragen, S. 87. Die früher im Benutzungsvertrag noch enthaltenen Installations- und Materialmonopole des EVU sind heute nur noch von historischer Bedeutung.

Der Inhalt des Energieversorgungsvertrages ist durch die allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz des EVU (AVB), die durch Anordnung des Generalinspektors für Wasser und Energie am 27.1.1942 für allgemein verbindlich erklärt wurden (Reichsanzeiger Nr. 39 und 46 1942), für die Parteien unabänderlich festgelegt. Diese Verbindlicherklärung wird aber vernachlässigt, soweit es für die zivilrechtliche Würdigung der Mitwirkungsklausel erforderlich ist.

82) H. F i s c h e r h o f : Rechtsfragen der Energiewirtschaft, Frankfurt/Main 1956, S. 116 und 132

B. Das Verhältnis des Benutzungsvertrages zum Demarkations- und Energieversorgungsvertrag

Der Demarkationsvertrag ist eine Vereinbarung, in der sich zwei oder mehr EVU verpflichten, die Versorgungsgebiete der Vertragspartner zu respektieren, indem sie diese nicht selbst beliefern, darin keine Energie erzeugen und Dritte beim Eindringen in Versorgungsgebiete der Partner nicht begünstigen.⁸³⁾ Zuweilen werden für diese Unterlassungspflichten Gegenleistungen - sogenannte Demarkationsentgelte - vereinbart.⁸⁴⁾

Vom Benutzungsvertrag unterscheidet sich der Demarkationsvertrag also vor allem dadurch, daß dieser zwischen zwei oder mehr EVU, der Benutzungsvertrag zwischen einem EVU und einer Gemeinde geschlossen wird.⁸⁵⁾ Die beiden Vertragsarten sind voneinander unabhängig. Dasselbe gilt für das Verhältnis von Benutzungs- und Versorgungsvertrag.⁸⁶⁾

83) H. A. W i e a c k e r : Die Wegebenutzungs- und die Gebietsschutzverträge in der Elektrizitäts- und Gasversorgung, Beiträge zum Energierecht, S. 209, häufig wird der Demarkationsvertrag zwischen Erzeugungs- und Verteilerunternehmen neben dem Energiebezugsvertrag geschlossen.

84) Vgl. § 103 Abs. 1 Satz 1 GWB

85) Die rechtstheoretische Möglichkeit eines Benutzungsvertrages zwischen zwei EVU ist ihrer geringen Bedeutung wegen außer acht gelassen. Eine derartige Mischform von Benutzungs- und Demarkationsvertrag liegt etwa dann vor, wenn das rechtsfähige EVU einer Gemeinde sich mit einem anderen EVU in das Gemeindegebiet als Absatzmarkt teilt, und dabei sein Benutzungsrecht weiter delegiert. In dieser Richtung wohl auch die Bemerkung von K. S t e r n : Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, S. 146, daß Entgelte für die Wegebenutzung in die Form eines Demarkationsvertrages gekleidet werden können.

86) H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 118

Weil die Parteien des Benutzungsvertrages mit Hilfe der Mitwirkungsklausel auch die allgemeinen Versorgungsbedingungen (AVB) neu festlegen können, ⁸⁷⁾ wird die Meinung vertreten, der Benutzungsvertrag sei ein Mantelvertrag, ⁸⁸⁾ der Bestandteil eines jeden Versorgungsvertrages werde, weshalb naturgemäß eine Änderung des Benutzungsvertrages eine Änderung der Versorgungsbedingungen bewirke. ⁸⁹⁾

Dieser Meinung ist zugegeben, daß durch die Partner des Benutzungsvertrages die AVB geändert werden können. Allerdings muß dazu nicht der Benutzungsvertrag umgestaltet werden. Die Parteien machen nur die Rechte aus der Mitwirkungsklausel geltend, was sich auf den Inhalt des Benutzungsvertrages nicht auswirkt. ⁹⁰⁾

Mit der Änderung der AVB ändern sich aber nicht "ohne weiteres" auch die Versorgungsverträge. Um nämlich die neuen AVB zum Inhalt der Versorgungsverträge zu erheben, ist ein neuer Konsens zwischen EVU und Abnehmern erforderlich. Eine Änderung des Vertrages durch das EVU allein ist nicht möglich. An diesem Erfordernis einer neuen Willensübereinstimmung ändert auch die Tatsache nichts, daß die Abnehmer wegen der Monopolstellung des EVU zum weiteren Energiebezug auch gezwungen sind, wenn dem Versorgungsvertrag neue

87) Dabei wird die Allgemeinverbindlichkeit der . nachlässigt.

88) H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 117

89) F. L i s t : Energierecht, Grundriß der Grundfragen, S. 88. Diese Auffassung hat wohl ihren Ursprung in einem Urteil des Amtsgerichts Oranienburg vom 18.7.1921 Az. 6 C 811/20, das die Meinung vertritt, eine Änderung des Benutzungsvertrages bewirke ohne weiteres eine Änderung der Stromlieferungsbedingungen, mit anderen Worten, der Benutzungsvertrag sei gewissermaßen Bestandteil der einzelnen Versorgungsverträge , so daß eine Änderung des Benutzungsverhältnisses ohne weiteres auch die Beziehungen zu den Kunden umgestalte.

90) Eine Änderung des Benutzungsvertrages ergäbe sich nur, wenn er die einzelnen Versorgungsbedingungen enthalten würde. Das trifft aber nicht zu.

AVB zugrunde gelegt werden. Ihre Einwilligung zu einer entsprechenden Vertragsänderung werden die Abnehmer deshalb wenigstens stillschweigend geben. Damit hat zwar die Ausübung des Mitwirkungsrechts die Änderung der Versorgungsverträge praktisch zur Folge. Die gegenseitige Abhängigkeit der Verträge liegt aber im tatsächlichen, nicht im rechtlichen Bereich.

3. Kapitel: Der Einfluß des Wirtschaftsrechts auf die
=====

Rechtsnatur des Wegebenutzungsvertrages
=====

1. Abschnitt: Wesen und Entwicklung des Wirtschafts-
und Energierechts

A. Die privatrechtlichen Anfänge

Das Energierecht in seiner Gesamtheit stellt sich heute als ein Gemenge von staats-, verwaltungs- und privatrechtlichen Bestandteilen dar.⁹¹⁾ Diese Vielgestaltigkeit kennzeichnet das Energierecht aber nicht von seiner Entstehung an. Sie ist Ergebnis einer langen Entwicklung, die vom Widerstreit zwischen öffentlichem und privatem Recht charakterisiert ist. Der privatrechtliche Charakter des Benutzungsvertrages soll zeigen, daß im Energierecht gegenwärtig das Privatrecht seine Stellung gegenüber dem öffentlichen Recht wieder ausdehnt.

Da das Energierecht Teil des Wirtschaftsrechts ist, genügt zu seiner Charakterisierung die Darstellung der Eigenheiten des Wirtschaftsrechts. Das Wirtschaftsrecht verleiht dem Menschen bei der Gestaltung seines wirtschaftlichen Lebens die dafür erforderliche Rechtsmacht.⁹²⁾ Es ist das Sonderrecht des Unternehmers. Dabei wird nicht übersehen, daß andere Lehren andere Erscheinungen des Wirtschaftslebens als Zentralbegriffe des Energierechts auffassen.⁹³⁾

91) R. i d d e r : Geleitwort zu F i s c h e r h o f : Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S. 5

92) H. F i s c h e r h o f : Rechtsfragen der Energiewirtschaft S. 42

93) Zur Systematik der Lehrmeinungen über das Wirtschaftsrecht und ihrem heutigen Stand, vgl. H. E i c h l e r : Wirtschaftsrecht; rechts- und sozialwissenschaftliche Vorträge und Schriften, herausgegeben von H. Eichler und E. Wohlgast, Heft 2 Nürnberg 1950, S. 13 ff (zit. H. E i c h l e r : Wirtschaftsrecht).

Der Charakterisierung des Wirtschaftsrechts als ein Unternehmerrecht wird deshalb der Vorzug gegeben, weil diese Lehre den Menschen in den Mittelpunkt des Rechts rückt. Das Recht setzt die natürliche Person voraus. Es ist ohne sie nicht denkbar.

Jeder Rechtskreis hat deshalb als "divinarum atque humanarum rerum notitia" ⁹⁴⁾ vom Menschen auszugehen. Demgegenüber haben Einwendungen gegen dieses System, vor allem, daß der Unternehmerbegriff zu unbestimmt und zu eng ⁹⁵⁾ sei, als daß sich auf ihn ein Rechtsgebiet aufbauen ließe, zurückzutreten.

Das Verhältnis von öffentlichem und privatem Recht innerhalb des Wirtschaftsrechts änderte sich mehrfach. Es hängt hauptsächlich davon ab, inwieweit die öffentliche Hand in das Wirtschaftsleben eingreift. In liberal gesonnenen Zeiten überwog das Privatrecht, in Not- und Kriegszeiten das Verwaltungsrecht. ⁹⁶⁾

Die ersten gesetzlichen Formen von Wirtschafts- und Energierecht gehörten vornehmlich dem Privatrecht an. Sie entwickelten sich aus der Praxis heraus ⁹⁷⁾ und schufen sich in Ermangelung spezieller Gesetze mit Hilfe der bestehenden zivilrechtlichen Grundlagen eine tragfähige Basis. ⁹⁸⁾ Der Boden des Privatrechts wurde "nur selten und dann so ungern wie unsicher" ⁹⁹⁾ verlassen.

Den ersten Versuch, das Wirtschaftsrecht von seiner privat-

94) Römische Definition von Recht und Rechtswissenschaft aus K. E n g i s c h : Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1956, S. 8

95) H. E i c h l e r : Wirtschaftsrecht, S. 17

96) Vgl. hierzu E. P r e i s e r : Nationalökonomie Heute, S. 16 ff, 10 ff

97) H. D i c k m a n n : Die Rechtsnatur des Energieversorgungsvertrages, S. 9

98) L. H o s e : Der Energieversorgungsvertrag, S. 23

99) F. L i s t : Energierecht, Grundriß der Grundfragen, S. 42

rechtlichen Konzeption abzuwenden, machte F. List. Er entwickelte dazu ein eigenes System eines Rechts der Technik, wozu er auch das Recht der Energieversorgung zählte.¹⁰⁰⁾ Die Eigenständigkeit dieses Rechts brachte List dadurch zum Ausdruck, daß er den öffentlichen Betrieb als das Subjekt dieses Rechtsgebietes weder "dem reinen Privatrecht, noch dem reinen öffentlichen Recht" zurechnete, "sondern jenem Rechtsbereich, der rechtshistorisch durch das Recht der Technik vorbereitet ... wurde."¹⁰¹⁾ Die Erhebung der Technik oder des Betriebes zum Rechtsträger widerspricht aber dem dargestellten Wesen des Rechts¹⁰²⁾ und konnte sich deshalb nicht durchsetzen.

100) K. S t e r n : Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, S. 140; H. F i s c h e r - h o f : Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S. 42

101) F. L i s t : Verwaltungsrecht technischer Betriebe, Berlin 1937, S. 20, 44. Den Ursprung des Rechts der Technik leitete List aus der "Autonomie der Technik" ab. Sie ist die Erklärung für die dem Privatrecht an sich wesensfremden Zwangsgewalten, wie sie in "Vertragszwang und Zwangsvertrag" zu Tage treten. Die Autonomie der Technik konnte sich nach Meinung des Autors entwickeln, weil die Gesetzgebung dem technischen Fortschritt nicht nachkam und so ein gesetzesfreier Raum entstand, den die technische Autonomie ausfüllte (F. L i s t : Verwaltungsrecht technischer Betriebe, S. 9 ff).

102) M.E. hat F. L i s t seine Ansicht über ein gleichberechtigt neben privatem und öffentlichem Recht stehendes Recht der Technik selbst widerrufen, wenn er in seinem späteren Werk "Energierrecht, Grundriß der Grundfragen" S. 80, 81 erklärt, das deutsche Energiewirtschaftsrecht habe sich fast ausschließlich auf dem Boden des Privatrechts gehalten, vor allem seien die EVU zu ihren Abnehmern und den Grundstückseigentümern "nicht in öffentlich-rechtliche Beziehungen getreten, sondern haben mit ihnen privatrechtlich verkehrt."

B. Die Publizierung des Wirtschaftsrechts

Die Zwangswirtschaft in den beiden Weltkriegen brachte die gesetzlichen Grundlagen für die staatlichen Eingriffe in die Wirtschaft. Mit diesen Bestimmungen über die planmäßige Wirtschaftsgestaltung durch den Staat war das Wirtschaftsverwaltungsrecht geschaffen. "Erst nach und nach überwölbte das Wirtschaftsrecht das gesamte Gebäude der Rechtsordnung", wie Eichler treffend bemerkt. ¹⁰³⁾

Speziell im Energierecht schlug sich diese Entwicklung in dem Erlaß des EnergG nieder. Es hatte vor allem die Aufgabe, den staatlichen "Einfluß in allen Angelegenheiten der Energieversorgung zu sichern" ¹⁰⁴⁾ und enthält damit vorwiegend verwaltungsrechtliche Vorschriften. Diese Verdrängung des privaten zugunsten des öffentlichen Rechts durch Maßnahmen kriegsbedingter Planwirtschaft ist heute zwar durch Einführung einer liberalen Wirtschaftsverfassung weitestgehend rückgängig gemacht. Die ursprüngliche Vorrangstellung des privaten Rechts ist aber noch nicht wieder erreicht, wie der Fortbestand des EnergG zeigt. Daran ändert auch nichts, daß das Wesen des EnergG heute anders interpretiert wird als zur Zeit seines Erlasses. ¹⁰⁵⁾

Gegenwärtig läßt sich zudem ein neuer Trend zur "Publizierung des bürgerlichen Rechts" ¹⁰⁶⁾ erkennen. Das Verwaltungsrecht bemächtigt sich immer mehr solcher Wirtschafts-

103) H. Eichler: Wirtschaftsrecht, S. 24

104) Präambel zum EnergG RGBI. 1935 I S. 14, 51. Der Streit, ob die Präambel durch Militärregierungsgesetz Nr. 1 aufgehoben ist oder nicht, ist hier belanglos. Vgl. H. Fischerhof: Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S. 43 einerseits und Eiser-Riederer - Sieder: Energiewirtschaftsrecht, S. I 22, 23 andererseits.

105) Vgl. S.45

106) Hedemann: Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Auflage Berlin und Leipzig 1927, S. 229, prägte erstmals diesen Begriff.

gebiete, in denen neben dem Ausgleich von Parteiinteressen auch öffentliche Interessen zu berücksichtigen sind.¹⁰⁷⁾ Diese Ausweitung des öffentlichen Rechts wird damit begründet, daß nur der Staat als übergeordnete und deshalb neutrale Macht das öffentliche Interesse wahren könne. Zu diesen strittigen Bereichen gehört vor allem die öffentliche Versorgung, die unter dem Schlagwort "Staatliche Daseinsvorsorge" als Bestandteil des Verwaltungsrechts angesehen wird.¹⁰⁸⁾ Die mit dem Fortschritt der Technik wachsenden Versorgungsbedürfnisse¹⁰⁹⁾ bedingen die weiterfortschreitende Ausdehnung des angeblich öffentlich-rechtlichen Gebietes der Daseinsvorsorge.

C. Vergebliche Versuche einer Publizierung des Benutzungsvertrages

Seit der Zwangswirtschaft, die der erste Weltkrieg mit sich brachte, wurde der öffentliche Charakter des Wegebenutzungsvertrages mit jeder erdenklichen Begründung vertreten. Ein Teil dieser Ansichten, die die Auswirkungen der allgemeinen energierechtlichen Entwicklung auf den Benutzungsvertrag zeigen, wird dargestellt.

Als erster erschütterte - möglicherweise ohne Absicht - Carl Crome die allgemeine Meinung über den privatrechtlichen Charakter des Benutzungsvertrages. 1917 bezeichnete

107) H. F i s c h e r h o f : Öffentliche Versorgung mit Wasser, Gas und Elektrizität und öffentliche Verwaltung. Zeitschrift: Die Öffentliche Verwaltung 1957, S. 310 ff (zit. H. F i s c h e r h o f : Öffentliche Versorgung und Verwaltung); derselbe: Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S. 67).

108) H. F i s c h e r h o f : Öffentliche Versorgung und Verwaltung, S. 312

109) H. F i s c h e r h o f : Öffentliche Versorgung und Verwaltung, S. 306

dieser Autor in einer Abhandlung den Wegebenutzungsvertrag als "Konzessionsvertrag".¹¹⁰⁾ Bei der Begriffsbildung wurde er mangels einer Kodifikation des deutschen Energierechts vom französischen Energierecht beeinflusst, das nach damaligem Recht die Elektrizitätsversorgung von einer Verteilerkonzession (concession) abhängig machte.¹¹¹⁾ Crome übertrug den französischen Begriff auf das deutsche Energierecht, ohne geprüft zu haben, ob das EVU auch nach deutschem Recht eine öffentlich-rechtliche Konzession benötige.

1. Mitte der dreißiger Jahre war der Erlass des EnergG Ursache für die Behauptung, der Benutzungsvertrag bedürfe einer energierechtlichen Genehmigung.¹¹²⁾

- 110) C. C r o m e : Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Kriege. Sonderdruck aus dem Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 115 S. 1 ff, 9; ebenso K. S t e r n : Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, S. 176
- 111) Vgl. Art. 6 des Loi sur le distribution d'énergie vom 15.6.1906. Nach heutigem französischen Recht braucht das EVU zweierlei Erlaubnisse: Die Gestattung der Wegebenutzung (permission de voirie) ist seit 1925 neben der alten concession erforderlich. Vgl. Loi sur le distribution d'énergie vom 27.2.1925 Art. 2 - 8 (W. S c h m i t z : Das Recht der Energiewirtschaft im Ausland (Westeuropa); herausgegeben vom Energiewirtschaftlichen Institut der Universität Köln, München 1953, S. 66 ff).
- 112) Das Energiegesetz verpflichtet EVU, vor dem Bau, der Änderung oder Stilllegung von Energieanlagen, dem Wirtschaftsminister Anzeige zu erstatten (§ 4 Abs. 1 EnergG). Unternehmen, die von Haus aus keine EVU sind, bedürfen der Genehmigung, wenn sie andere mit Energie versorgen wollen (§ 5 Abs. 1 EnergG). Die §§ 8 und 12 EnergG geben dem Wirtschaftsminister die Möglichkeit, unrentable EVU zu schließen und über die Zulässigkeit von Straßenbenutzungsgebühren zu entscheiden. Aus diesen Bestimmungen leitet F r i e s e n h a h n eine energierechtliche Konzession ab, wodurch "die EVU ... in ihrer (rechtlichen) Qualität als beliehene Unternehmer der staatlichen Verwaltung" zugeordnet werden (E. F r i e s e n h a h n : GG und Energiewirtschaft, Elektrizitätswirtschaft, Bd. 56, 1957 S. 12 ff, 15. A.A. K. S t e r n : Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, S. 177 ff).

Dabei wurde übersehen, daß das EnergG nur staatliche Lenkungsmaßnahmen manifestiert, um das Interesse der Allgemeinheit an sozialadäquaten Versorgungsbedingungen durchzusetzen. "Das bedingt (aber) für den Zweig der Energiewirtschaft keineswegs die Ausschaltung des Privatrechts zugunsten öffentlich-rechtlicher Normen". ¹¹³⁾ Für den Energieversorgungsunternehmer wird vielmehr die absolute Freiheit seiner wirtschaftlichen Tätigkeit in eine Freiheit umgewandelt, die gleich dem Eigentum ¹¹⁴⁾ einer "sozialen Pflichtbindung" unterliegt. ¹¹⁵⁾ Ebenso wenig wie die in Art. 14 GG festgelegte Pflichtgebundenheit des Eigentums dessen privatrechtliche Regelung berührt, beeinflußt das EnergG die privatrechtliche Natur des Energierechts und des Benutzungsvertrages.

Man hat deshalb zu Recht das EnergG als die "magna carta freier privatwirtschaftlicher und privatrechtlicher Betätigung aller an der Energieversorgung beteiligten Kreise" ¹¹⁶⁾ bezeichnet.

2. Auf die öffentlich-rechtliche Versorgungspflicht der Gemeinde stützt sich die Ansicht, die ganze Daseinsvorsorge, und damit auch die Energieversorgung gehöre zum öffentlichen Recht. ¹¹⁷⁾

Diese Ansicht übersieht den Unterschied zwischen den gesetzlichen Verpflichtungen der Gemeinde und der Art ihrer Erfüllung. Die Versorgungspflicht der Gemeinde ist hoheitlich. Daraus kann aber nicht geschlossen werden, daß jede

113) T. M a u n z : Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, Verwaltungsarchiv, 50. Band 1959, S. 322

114) Vgl. Art. 14 Abs. 1 GG

115) T. M a u n z : Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, S. 322

116) H. F i s c h e r h o f : Öffentliche Versorgung und Verwaltung, S. 308

117) E. F r i e s e n h a h n : GG und Energiewirtschaft, S. 14 ff

Art der Energieversorgung auch öffentlich-rechtlich wäre. Denn der Gemeinde steht frei, ihre Pflichten selbst zu erfüllen oder einen Dritten damit zu betrauen. Ob sich dieser Dritte zur Erfüllung seiner Pflichten des privaten oder öffentlichen Rechts bedient, richtet sich allein nach der Natur der von ihm geschlossenen Verträge. Auf die Hoheitlichkeit der Aufgabe, die er damit erfüllt, kommt es nicht mehr an.

Endlich ist die wegerechtliche Stellung der Gemeinde Anlaß zur Publizierung des Benutzungsvertrages.

3. Es wird behauptet, die Gemeinde als Straßenverkehrsbehörde müsse die Benutzung ihrer Wege zur Leitungsverlegung konzessionieren. ¹¹⁸⁾ Zwar sind "Veranstaltungen, für die öffentliche Straßen mehr als verkehrsüblich in Anspruch genommen werden", genehmigungspflichtig. ¹¹⁹⁾ Jedoch gehört die Leitungsverlegung nicht zu den Veranstaltungen i.S. dieser Vorschrift.

Darunter sind nämlich nur Ereignisse zu verstehen, die mit dem fließenden oder stehenden Verkehr direkt zusammenhängen. Das folgt aus dem Wortlaut der Vorschrift, die von Personen und Fahrzeugen spricht, welche an der Veranstaltung teilnehmen. Eine derartige, die Leitungsverlegung nicht mehr umfassende Einschränkung des Begriffs Veranstaltung ergibt sich auch aus dem Sinn der StVO, die die "Ordnung, Sicherheit und Leichtigkeit" des Verkehrs ¹²⁰⁾ durch verkehrs-adäquate Maßnahmen sicherstellen will. ¹²¹⁾

118) K. S t e r n : Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, S. 167; R. D i d d e n : Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, S. 88

119) Vgl. § 5 Abs. 1 S. 1 Straßenverkehrsordnung (StVO) vom 13.11.1937 RGBL. I S. 1179

120) Vgl. S. 6 der Präambel zur StVO

121) So F. M ü l l e r : Straßenverkehrsrecht, 18. Auflage Berlin 1954, S. 743. "Aber es muß sich (bei der Veranstaltung) - dem Charakter der StVO als einer Regelung des Straßenverkehrsrechts entsprechend - um Verkehrsvorgänge handeln."

4. Die Gemeinde als Straßenbaulastträgerin hat die Aufgabe, "die Straßen in einem den gewöhnlichen Verkehrsbedürfnissen und Erfordernissen der öffentlichen Sicherheit genügenden Zustand zu bauen ... zu unterhalten und sonst zu verbessern." ¹²²⁾

In diesen Pflichten erschöpft sich die Rechtsbeziehung des Baulastträgers zu den Straßen. Er ist nicht Träger von Rechten. Er kann deshalb auch nicht durch die Verlegung von Versorgungsleitungen in seiner Rechtsstellung berührt sein. Deshalb ist für eine Genehmigung des Straßenbaulastträgers für die Leitungsverlegung kein Raum. ¹²³⁾

5. Endlich erteilt auch die Gemeinde als Wegeeigentümerin keine Konzession.

Der öffentliche Weg wird von öffentlichen wie von privatem Recht berührt: ¹²⁴⁾ Nach Zivilrecht regelt sich das Eigentum an der Straße. ¹²⁵⁾ Nach öffentlichem Recht bestimmt

122) Art. 9 Abs. 1 Bayer. Straßen- und Wegegesetz (BayStrWG) vom 11.7.1958, GVBl. S. 147; § 3 Abs. 1 Bundesfernstraßengesetz (FStrG) in der Fassung vom 6.8.1961 BGBl. I S. 1742

123) Ebenso RGZ Bd. 82 S. 206 ff., 213 vom 26.4.1913; H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätsversorgung in Deutschland, S. 47; R. D i d d e n : Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, S. 84; M ü l l e r - E n g e l h a r d t : Hat sich die Rechtsauffassung bei Benutzung öffentlicher Wege durch Versorgungsleitungen geändert? Elektrizitätswirtschaft, Bd. 56 Jahrgang 1957, S. 57. A.A. K. S t e r n : Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, S. 169; F. L i s t : Energierecht, Grundriß der Grundfragen, S. 75; T. M a u n z : Grundfragen des Energierechts, S. 337

124) Sog. dualistische Auffassung; vgl. R. D i d d e n : Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, S. 38

125) Die Straße ist eigentumsfähig; denn sie ist als körperlicher Gegenstand eine Sache (§ 90 BGB). Eine solche unterliegt gem. § 903 BGB dem Eigentumsrecht. Das auf das französische Recht zurückgehende domaine public an den Straßen ist mit Erlaß des BGB erloschen. (RG Bd. 131 S. 264, 268 vom 2.2.1931; ebenso RGZ Bd. 125 S. 109 vom 10.6.1929 und BGH in NJW 1956 S. 104 ff vom 18.11.55;

sich der Gemeingebrauch der Straße. Durch die verwaltungsrechtliche Widmung wird ein Grundstück, das im Eigentum einer Person steht, zur öffentlichen Straße. ¹²⁶⁾ Damit wird das private Eigentum solange und so weit eingeschränkt, als der Zweck der öffentlichen Straße, dem allgemeinen Verkehr zu dienen, reicht. Für jede über diese Zweckbestimmung der öffentlichen Straße hinausgehende Einwirkung auf den Wegekörper kommen die Rechte des Eigentümers zur Anwendung. ¹²⁷⁾

Wenn die Leitungsverlegung zum Allgemeingebrauch der Straße gehört, so bestimmt sich die Gestattung zur Leitungsverlegung nach den Grundsätzen des Verwaltungsrechts. Reicht die Verlegung von Versorgungsleitungen über den Gemeingebrauch hinaus, stellt sie eine Sondernutzung dar. ¹²⁸⁾ Diese richtet sich nach bürgerlichem Recht.

Letzteres trifft zu. Der Gemeingebrauch der Straße umfaßt ihre Benutzung zum Verkehr. ¹²⁹⁾ Unter Verkehr versteht

Forts. v. Fußnote 125)

H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 33 ff; R. D i d d e n : Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, S. 38; G a n s c h e z i a n - F i n c k : Straßeneigentum und Gemeingebrauch, NJW 1957 S. 285; E i s e r - R i e d e r e r - S i e d e r : Energiewirtschaftsrecht, S. V 8). Neuerdings ist im Hamburgischen Wegegesetz vom 7.1.1961 Hbg GVBl. S. 117 ein öffentliches Wegeeigentum anerkannt worden.

126) Vgl. Art. 6 Abs. 1 BayStrWG

127) H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 40 ff; R. D i d d e n : Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, S. 40; G. M a l z e r : Die Verlegung von Versorgungsleitungen über (unter) fremde Grundstücke hinweg (§ 905 S. 2 BGB), Beiträge zum Energierecht, S. 233; BGHZ vom 25.9.1961 NJW 1962 S. 294

128) Vgl. Art. 18 Abs. 1 BayStrWG

129) Art. 14 Abs. 1 BayStrWG; Art. 7 Abs. 1 FStrG

man vor allem einen Bewegungsvorgang, ein Fortbringen von Personen und Sachen ¹³⁰⁾ im weitesten Sinne. Hierunter fällt aber die Verlegung von Versorgungsleitungen nicht; denn eine Straße dient nicht unmittelbar der Fortleitung der Energie. Sie liefert vielmehr nur die "bequeme und billige Unterlage" ¹³¹⁾ zur Verlegung von Leitungen. In diesen Leitungen erst bewegt sich die Energie. Sie ist selbst eine Straße, eine sog. Energiestraße. Die Benutzung eines Weges, um darauf ein neues Verkehrsmittel zu verlegen, geht aber über den Gemeingebrauch hinaus. ¹³²⁾

130) Teil II Titel XV § 7 Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Berlin 1817 (APrLR): Der freie Gebrauch der Straße ist jedem zum Gehen, Fahren, Reiten und Fortbringen seiner Sachen gestattet.

131) H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 72

132) Die Verlegung von Versorgungsleitungen läßt sich deshalb mit der Montage von Schienen für Verkehrsmittel vergleichen. Die entsprechenden Verträge des Verkehrsunternehmers mit dem Wegeeigentümer - sog. Kleinbahnverträge - qualifizierte das RG in ständiger Rechtsprechung als privatrechtliche Mietverträge. Daraus folgt, daß die Wegebenutzung zur Leitungsverlegung über den öffentlich-rechtlichen Gemeingebrauch hinausgeht. (RGZ Bd. 40 S. 280 vom 13.12.1897; Bd. 42, S. 209 vom 21.9.1898; Bd. 55, S. 297 vom 19.5.1903; Bd. 88, S. 14 vom 11.1.1916: "Das Reichsgericht hat Verträge, welche die Überlassung der Benutzung öffentlicher Straßen zum Eisenbahnbetrieb beinhalten ... als privatrechtliche Mietverträge beurteilt"; RG in JW 1928 S. 502 vom 7.7.1927; RGZ Bd. 125 S. 108 vom 10.6.1929; Bd. 131 S. 264, 271 vom 2.2.1931).

Ebenso die überwiegende Meinung in der Literatur: H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 43; R. D i d d e n : Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, S. 53; E i s e r - R i e d e r e r - S i e d e r : Energiewirtschaftsrecht, S. V 10. A.A. F. L i s t : Energierecht, Grundriß der Grundfragen, S. 45.

Für eine derartige Sondernutzung der Straße durch die Verlegung von Versorgungsleitungen in die Wegekörper ist keine öffentlich-rechtliche Genehmigung erforderlich, da sich eine derartige Sondernutzung nach privatem Recht richtet; denn Art. 22 Abs. 2 BayStrWG bestimmt:

Die Benutzung der Straßen für Zwecke der öffentlichen Versorgung regelt sich stets nach bürgerlichem Recht, es sei denn, daß der Gemeingebrauch nicht nur für kurze Dauer beeinträchtigt wird. ¹³³⁾

Zur Benutzung der Straßen "für Zwecke der öffentlichen Versorgung" zählen alle Maßnahmen der EVU, die zur Leitungsverlegung, zur Wartung, Unterhaltung und Entfernung der Energiestraßen erforderlich sind, wie z.B. Aufgraben des Wegekörpers, das Suchen nach Leitungsschäden, Montage von Freileitungen ¹³⁴⁾ etc. Der Begriff der Straßenbenutzung durch EVU wird also sehr weit gefaßt. Art. 22 BayStrWG ist nicht eng auszulegen. ¹³⁵⁾

Damit hat der bayerische Gesetzgeber alle Versuche einer Publizierung des Benutzungsvertrages zurückgewiesen. Er hat sich der einheitlichen Rechtsprechung und der weitaus überwiegenden Meinung in der Literatur angeschlossen, daß nach geltendem Recht der Benutzungsvertrag privatrechtlich

133) Im selben Sinn § 8 Abs. 10 FStrG

134) Vgl. Allgemeiner Runderlaß - Straßenbau - Nr. 8/53 des Bundesministers für Verkehr vom 18.8.1955, abgedruckt in E i s e r - R i e d e r e r - S i e d e r : Energiewirtschaftsrecht, S. V 13. Dieser Erlaß erging zwar zum Fernstraßengesetz, er läßt sich aber auf das BayStrWG ebenfalls anwenden.

135) E i s e r - R i e d e r e r - S i e d e r : Energiewirtschaftsrecht, S. V 14

ist. 136)

- 136) H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 67; R. D i d d e n : Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, S. 71; H. F i s c h e r h o f : Öffentliche Versorgung und Verwaltung, S. 309 ff; S i e d e r - Z e i t l e r : Kommentar zum BayStrWG, München 1960, Anm. 16, 18 zu Art. 22; Z i m n i c k : Kommentar zum BayStrWG, München 1964, Anm. 7, 11, 13a zu Art. 22; zustimmend bei der Beurteilung des Benutzungsverhältnisses nach Wegerecht auch K. S t e r n : Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, S. 291 und E i s e r - R i e d e r e r - S i e d e r : Energiewirtschaftsrecht, S. V 15. Auch Maunz, den die Literatur meist zu den Vertretern der öffentlich-rechtlichen Natur des Benutzungsvertrages zählt, kommt zu dem Ergebnis, daß die "Benutzungsverträge ... Verträge des bürgerlichen Rechts" sind; denn wenn sie auch der Wegebauasträger - nach Meinung des Autors - genehmigen muß, so "besteht kein Anlaß, von der privatrechtlichen Natur des zugrundeliegenden Rechtsgeschäftes abzugehen." (T. M a u n z : Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, S. 337, 339).

Den privatrechtlichen Charakter des Benutzungsvertrages hat auch der BGH festgestellt: Das Recht des EVU zur Nutzung der in Verfügung der Gemeinde stehenden Verkehrsräume ist ein Sondernutzungsrecht, das sich aus dem Privateigentum der Gemeinde herleitet. Die Klägerin (Gemeinde) fordert Vergütung als Wegeigentümerin, nicht als Wegeherr für eine öffentlich-rechtliche Genehmigung (BGHZ Bd. 15 S. 113 ff vom 22.10.1954)

Ähnlich BGHZ Bd. 5 S. 76 vom 8.2.1952 "Der (bürgerliche) Rechtsweg (ist) jedenfalls dann für gegeben zu erachten, wenn die auf bürgerlich-rechtlicher Grundlage beruhende Klausel sich nicht gegen die öffentlich-rechtliche Körperschaft, sondern die Privatperson richtet" (a.a.O. S. 84). Der BGH knüpft hiermit an die Rechtsprechung des RG an, wonach das Eigentum an der Straße wirksam wird, sofern sie "nach Herstellung gewisser Einrichtungen wirtschaftlichen Nutzen außer und neben den vom Gemeingebrauch beanspruchten ... Vorteilen gewährt." RGZ Bd. 88 S. 14, 15 vom 11.1.1916. Hieran anschließend RGZ Bd. 123 S. 181 vom 16.2.1929; Bd. 125 S. 108 vom 10.6.1929; Bd. 131 S. 264 vom 2.2.1931: Entgeltliche Verträge zur Benutzung des Straßenraumes sind privater Natur (a.a.O. S. 267).

Die hiervon abweichende Entscheidung des BGH vom 25.9.61, NJW 1962, S. 293, beurteilt die Rechtslage von 1913 und 1927. Damals gab es noch keine den § 8 Abs. 10 FStrG oder Art. 22 Abs. 2 BayStrWG entsprechende Bestimmung, so daß dieses Urteil für das geltende Recht ohne Bedeutung ist.

Die verschiedenen Theorien, den Benutzungsvertrag dem öffentlichen Recht anzugliedern, wurden zurückgewiesen.

Damit zeigt sich am Beispiel des Wegebenutzungsvertrages, daß die Publizierung des Privatrechts den Zenit überschritten hat, ¹³⁷⁾ daß die Forderung, im Wirtschaftsrecht wieder dem Privatrecht den ihm gebührenden Platz einzuräumen, ¹³⁸⁾ zu einem guten Teil erfüllt ist.

137) T. M a u n z : Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, S. 322

138) H. E i c h l e r : Wirtschaftsrecht, S. 43

2. Abschnitt: Der Vertragscharakter

A. Die Rechtsform des Eigenbetriebes

Ein Vertrag ist der inhaltlich übereinstimmende, rechtlich bedeutsame und bindend erklärte Wille wenigstens zweier Rechtssubjekte. Diese notwendige Verschiedenheit der Parteien ist beim Benutzungsvertrag nicht ohne weiteres ersichtlich.

Zwar besteht bei der Gemeinde, dem einen Partner des Benutzungsvertrages, kein Zweifel an ihrer Rechtsfähigkeit. Nicht immer aber lassen sich die verschiedenen Rechtsformen, die das EVU annehmen kann, in die Reihe der Rechtssubjekte eingliedern.

Eine große Anzahl von EVU ist nämlich als sog. Eigenbetriebe nach der Eigenbetriebsverordnung ¹³⁹⁾ eingerichtet. Dieser Eigenbetrieb ist keine juristische Person. ¹⁴⁰⁾

Er hat sich aus dem gemeindlichen Regiebetrieb entwickelt und ist damit nur die Bezeichnung für ein gemeindliches Sondervermögen. ¹⁴¹⁾ Die wirtschaftliche Selbständigkeit des Eigenbetriebes, die sich in einer von der Kommunalverwaltung getrennten eigenen Organisation und Leitung zeigt, ¹⁴²⁾ ändert daran ebensowenig, wie seine Qualität

139) Eigenbetriebsverordnung vom 21.11.1938 RGBI. I S. 1650 (EBV 1938). Die EBV wurde auf Grund des § 74 der Deutschen Gemeindeordnung vom 30.1.1935 erlassen. Sie gilt heute noch in Bayern als Landesrecht fort. Vgl. Art. 122 Abs. 1 S. 2 GO.

140) Vgl. § 1 EBV 1938

141) § 7 Abs. 1 EBV 1938

142) Der Eigenbetrieb wird von der Werkleitung selbständig geführt § 2 Abs. 1 EBV 1938. Er hat einen eigenen Wirtschafts-, Finanz- und Erfolgsplan § 13, 14, 15 EBV 1938. Seine Rechnungslegung erfolgt durch die doppelte Buchführung und nicht nach den Grundsätzen der Kameralistik § 16 EBV 1938.

als selbständiges Steuersubjekt. 143)

Vereinbarungen zwischen der Gemeinde und ihrem EVU sind also keine Verträge, weil die Parteien rechtlich identisch sind. Es kann sich also nur um einseitige Verfügungen handeln. 144) Trotzdem aber gehen EVU in der Form von Eigenbetrieben mit den hinter ihnen stehenden Gemeinden Benutzungsverhältnisse ein, die inhaltlich den Benutzungsverträgen gleichen. Der Grund für diese Vereinbarung liegt darin, daß sie - soweit sie die Höhe der Leistungen des EVU für die Gewährung des alleinigen Benutzungsrechts bestimmt - der Abgrenzung des Vermögens des EVU von dem gemeindlichen Haushalt dient. 145)

Neben diesen verwaltungstechnischen Gründen gibt es eine zweite wirtschaftliche Ursache für den Abschluß derartiger "Verträge". Sie liegt im Steuerrecht: Der Eigenbetrieb ist gemäß § 1 Abs. 1 Ziff. 6 KStG körperschaftsteuerpflichtig. Diese Körperschaftsteuern versuchen die Gemeinden im Einvernehmen mit dem Eigenbetrieb dadurch möglichst niedrig zu halten, daß sie dem Eigenbetrieb alle möglichen gewinnmindernden Kosten auferlegen, unter anderem auch das Ent-

143) § 1 Abs. 1 Ziff. 6 Körperschaftsteuergesetz (KStG) in der Fassung vom 13.9.1951 BGBl. I S. 1722. Die Selbständigkeit des Eigenbetriebes im Steuerrecht wirkt sich auf seine Stellung im übrigen öffentlichen und im Privatrecht nicht aus; "denn wie so oft geht das Steuerrecht auch hier unbeschwert von rechtskonstruktiven Bedenken so vor, wie es angestrebte praktische Wirkungen ihm nötig erscheinen lassen." (O. B ü h l e r : Steuerrecht Bd. 1 Allgemeines Steuerrecht, 2. Auflage Wiesbaden 1953, S. 209)

144) Jede andere Gestaltung des Benutzungsverhältnisses hält R. D i d d e n : Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsanlagen, S. 82 für eine "Entartung". Die Gegenleistung für die Wegebenutzung bezeichnet er in diesem Falle nicht als Entgelt, sondern folgerichtig als Verrechnungsgröße.

145) B. D a n c k e l m a n n bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, Vorbemerkung 1 vor § 89

Entgelt für die Gewährung des Ausschließlichkeitsrechts. 146)
Diese Entgelte werden vom Steuerrecht als gewinnmindernd
anerkannt, weil auch die entsprechende Absprache der Ge-
meinde mit ihrem Eigenbetrieb vom Steuerrecht als Vertrag
anerkannt wird. Das folgt aus der steuerlichen Selbstän-
digkeit des Eigenbetriebes als Betrieb gewerblicher Art,
die ihn befähigt, "steuerlich gesehen, Besitz und Schul-
den zu haben, ... nicht nur mit Dritten, sondern auch mit
ihrer Körperschaft des öffentlichen Rechts Verträge ab-
schließen zu können." 147) Die Rechtspersönlichkeit des
Eigenbetriebes wirkt aber über das Steuerrecht nicht hin-
aus, wie schon festgestellt wurde. 148)

B. Die Theorie von der Teilrechtsfähigkeit des Eigenbe- triebes

Auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts sind aber Bestrebun-
gen vorhanden, die diesen Rechtskreis der wirtschaftlichen
Praxis anpassen wollen. Man verlangt unter Hinweis auf die
Rechtseinheit, die wirtschaftliche und steuerrechtliche
Selbständigkeit des Eigenbetriebes in das Privatrecht zu
übernehmen. Auch hierin zeigt sich die Tendenz, privat-
rechtliche Grundsätze durch öffentlich-rechtliche Beson-
derheiten zu verdrängen, das Privatrecht zu publizieren.

So hält z.B. Stern entgegen der allgemeinen Meinung den
Eigenbetrieb doch für fähig, mit der hinter ihm stehenden
Gemeinde Verträge abzuschließen. 149) Die mangelnde Rechts-
persönlichkeit, die der Qualifikation des Eigenbetriebes

146) Vgl. Abschn. 23 der Körperschaftsteuerrichtlinien
(KStR) von 1962 BSTBl. 1963 I S. 516

147) E. L e n s k i : Körperschaftsteuer, 4. Auflage
Stuttgart 1960, S. 30

148) Vgl. Anm. 143

149) K. S t e r n : Zur Problematik des energiewirtschaft-
lichen Konzessionsvertrages, S. 284

als Vertragspartei entgegensteht, umgeht der Autor dadurch, daß er zwischen Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität unterscheidet. Er meint alles, was rechtsfähig sei, sei Rechtssubjekt, aber nicht jedes Rechtssubjekt sei voll rechtsfähig.¹⁵⁰⁾

Es gäbe vielmehr eine sogenannte Teilrechtsfähigkeit, die nicht rechtsfähigen Einrichtungen von bestimmten Rechtsgebieten für ihren Bereich verliehen sei. Eine solche Teilrechtsfähigkeit besitze auch der Eigenbetrieb auf Grund der ihm von der EBV 1938 verliehenen wirtschaftlichen Selbständigkeit. Der Eigenbetrieb sei deshalb als Rechtssubjekt vertragsfähig und könne auch mit der hinter ihm stehenden Gebietskörperschaft einen Benutzungsvertrag abschließen.

Dieser Meinung, so bestechend sie auch vorgetragen ist, kann aus folgenden Gründen nicht beigetreten werden:

150) K. S t e r n : Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, S. 282

1. Im Privatrecht wird weder in Theorie noch Praxis zwischen Rechtsfähigkeit und Rechtssubjektivität im Sinne Sterns ¹⁵¹⁾ unterschieden. ¹⁵²⁾

¹⁵¹⁾ Stern leitet die Teilrechtsfähigkeit der Eigenbetriebe aus dem Verwaltungsrecht ab (Der Eigenbetrieb kann "gegen einen rechtswidrigen Eingriff des Gemeinderats in die Werkleitung im Verwaltungsprozeß vorgehen." K. Stern: Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, S. 284)

Nach Sterns Theorie muß angenommen werden, daß sich diese Teilrechtsfähigkeit auf das öffentliche Recht beschränkt. Denn nach Sterns Meinung ist eine Einrichtung nur für den Bereich rechtsfähig, der ihr Rechte und Pflichten auferlegt. Das ist nach Sterns Auffassung für den Eigenbetrieb der Komplex des Verwaltungsrechts. Auf das Privatrecht könnte sich demgemäß die Teilrechtsfähigkeit des Eigenbetriebes nicht erstrecken.

Im Gegensatz hierzu schreibt Stern dem Eigenbetrieb aber auch Rechtsfähigkeit für das Privatrecht zu, da er den Benutzungsvertrag wenigstens zum Teil auch für einen privatrechtlichen Vertrag hält. Mit dieser Behauptung führt er seine eigene Theorie nicht konsequent durch. Mit der Ausweitung der Rechtssubjektivität des Eigenbetriebes auf das Privatrecht verliert darüberhinaus der Begriff der Teilrechtsfähigkeit seine Bedeutung; denn wenn dem Eigenbetrieb im öffentlichen und im privaten Recht Rechtssubjektivität zukommen soll, wodurch unterschiede sich diese "Teilrechtsfähigkeit" noch von der vollen Rechtsfähigkeit.

- ¹⁵²⁾ Rosenbergs: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts, 8. Auflage Berlin und München 1960, S. 162, 166; B. Wieleck: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze, Berlin 1957, Bd. 1 Teil 1 § 50 Anm. C III b 1: Soweit Eigenbetriebe geführt werden, ist nur die Kommune parteifähig, zu der der Eigenbetrieb gehört. RGZ Bd. 106, S. 47 ff. vom 27.11.1922; A. Hueck: Gesellschaftsrecht, 13. Auflage München und Berlin 1965, S. 5 erklärt zwar, daß sich im Gesellschaftsrecht die Personenvereinigungen von der nicht rechtsfähigen BGB-Gesellschaft über die oHG und KG zu den rechtsfähigen Vereinen entwickeln. Bei der Einteilung der Gemeinschaften in rechtsfähige und nicht rechtsfähige sei "zu beachten, daß es sich nicht um absolute Gegensätze handle" (A. Hueck: Gesellschaftsrecht, S. 5). Eine derartige Rangfolge der Vereinigungen stellt aber nur auf die verschiedene Intensität ihrer gesellschaftlichen oder körperschaftlichen Organisation ab. Die Rechtsfähigkeit der Gesellschaften bestimmt sich nicht
- Forts. s. nächste Seite

2. Der Staat wie die Gemeinde ist ein einheitlicher Rechtsträger, der nur durch verschiedene Amtsstellen, die *stationes fisci*, vertreten wird. ¹⁵³⁾ Diese verschiedenen Amtsstellen entstehen durch getrennte Verwaltung der Vermögensmassen des Staates oder der Gemeinde. Sie sind keine selbständigen juristischen Personen, ¹⁵⁴⁾ können miteinander keine Verträge schließen und auch nicht gegeneinander prozessieren. ¹⁵⁵⁾

Weil Gestattungsverträge zwischen einer Gemeinde und ihrem Eigenbetrieb nach diesen Ausführungen nicht abgeschlossen werden können, scheiden die zwischen Eigenbetrieb und Gemeinde vorhandenen Benutzungsvereinbarungen aus der Untersuchung aus.

Forts. v. Fußnote 152)

nach der unterschiedlichen Stärke ihrer körperschaftlichen Organisation, etwa derart, daß Vereinigungen mit zunehmender körperschaftlicher Bindung immer mehr Rechtsfähigkeit erwürben. Bezüglich der Rechtsfähigkeit der Vereinigungen, die organisationsmäßig zwischen BGB-Gesellschaft und Verein liegen, gibt es nur ein Entweder - Oder, und keine Kombination von Rechtsfähigkeit und Nichtrechtsfähigkeit, also keine Teilrechtsfähigkeit im Sinne Sterns.

153) B a u m b a c h - L a u t e r b a c h : Zivilprozeßordnung, 28. Auflage, München und Berlin 1965, Grundzüge vor § 50 Anm. 2 E

154) B. D a n c k e l m a n n bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, Vorbemerkung vor § 89 Anm. 1

155) Das Verwaltungsprozeßrecht kennt zwar den sogenannten Insichprozeß. In ihm tritt derselbe Rechtsträger als Kläger und Beklagter auf. Jedoch ist Voraussetzung für die Zulässigkeit des Insichprozesses, daß die eine Partei als Träger hoheitlicher, die andere als Träger privater Rechte handelt.

Dieser Fall liegt beim Benutzungsverhältnis nicht vor; denn entweder treten beide Seiten privatrechtlich oder hoheitlich auf. Das folgt daraus, daß der Eigenbetrieb als Sondervermögen der Gemeinde sich in seinen Beziehungen zur Gemeinde immer nach dem Rechtsgebiet, dessen sich diese bedient, zu richten hat.

4. Kapitel: Die bürgerlich-rechtliche Würdigung des
=====

Benutzungsvertrages
=====

Das Zustandekommen des Benutzungsvertrages richtet sich nach dem BGB. Er wird also durch Annahme eines Angebotes geschlossen. Hierbei sind Besonderheiten, die näher erläutert werden müßten, nicht ersichtlich.

Rechte und Pflichten der Vertragsparteien und die Beendigung des Schuldverhältnisses lassen sich aber erst nach Einordnung des Benutzungsvertrages in den besonderen Teil des Schuldrechts darstellen. Diese Eingliederung erfolgt durch die Subsumtion der einzelnen Klauseln ¹⁵⁶⁾ des Gestattungsvertrages unter die einzelnen Vertragstypen ¹⁵⁷⁾ des Schuldrechts.

Die Untersuchung wird ergeben, daß der Wegebenutzungsvertrag mehrere Vertragstypen enthält. Eine derartige Kombination mehrerer verschiedener Vertragstypen in einem einheitlichen Vertragswerk wird als gemischter Vertrag bezeichnet. ¹⁵⁸⁾

156) Vgl. S. 34,35

157) Die im besonderen Teil des Schuldrechts behandelten Verträge werden als benannte oder typische Verträge bezeichnet. Da aber die inhaltliche Gestaltung schuldrechtlicher Verträge gem. § 305 BGB frei ist (sog. Typenfreiheit nach K. Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts I Bd. Allgemeiner Teil (zit. K. Larenz: Schuldrecht Allgemeiner Teil), 7. Auflage München und Berlin 1964 S. 52), sind auch Verträge zulässig, die gesetzlich nicht geregelt sind. Man kann sie als Verträge sui generis bezeichnen. Sie lassen sich in typische und atypische Verträge i.e.S. gliedern, je nachdem, ob sie ihrer Häufigkeit wegen von der Rechtspraxis schon durchleuchtet sind oder nicht. Vgl. B. Dancckelmann bei Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, § 305 Anm. 5

158) Vgl. B. Dancckelmann bei Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, § 305 Anm. 6; ähnlich K. Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts II. Band Besonderer Teil (zit. K. Larenz: Schuldrecht Besonderer Teil), 6. Auflage München und Berlin 1964,

Vor allem bei Pflichtverletzungen und Leistungshindernissen ist es notwendig zu entscheiden, welche Bestimmungen auf den gemischten Vertrag angewendet werden sollen.

Zur Beantwortung dieser Frage haben sich in der Rechtspraxis zwei Grundsätze ¹⁵⁹⁾ herausgebildet:

Kommt einem der verschiedenen Vertragstypen derartige Bedeutung zu, daß die übrigen nur als Nebenabreden zu diesem Vertrag anzusehen sind, so wird der gemischte Vertrag von der gesetzlichen Regelung bestimmt, die für den Hauptvertrag gilt (sog. Absorptionsgrundsatz).

Läßt sich in dem gemischten Vertrag ein derartiger Schwerpunkt nicht finden, so bestimmt sich jede der Vertragsleistungen nach den für sie geltenden Rechtssätzen (sog. Kombinationsgrundsatz). ¹⁵⁹⁾

Forts. v. Fußnote 158)

S. 4, der von "gemischten, besser gemischttypischen Verträgen" spricht; E n n e c c e r u s - L e h m a n n : Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 2. Band - Recht der Schuldverhältnisse, definiert einen "einheitlichen Vertrag, dessen Tatbestandstücke aber teilweise oder sämtlich bei verschiedenen typischen Vertragsarten geregelt sind" als gemischten Vertrag i.w.S. Dieser wird in 4 Gruppen gegliedert, von denen die letzte die "Verträge mit Typenvermengung, die gemischten Verträge i.e.S." umfaßt. Die gemischten Verträge gehören nicht zu den Verträgen sui generis, weil sie gesetzlich geregelt sind, wenn auch nicht einheitlich. Vgl. Anm. 157

- 159) E. M o l l i t o r : Schuldrecht II Besonderer Teil, 4. Auflage München und Berlin 1958, S. 6; B. D a n c k e l m a n n bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 305 Anm. 6 verbindet den Kombinationsgrundsatz mit dem Grundsatz der analogen Rechtsanwendung, kommt also auch zu zwei Einteilungsprinzipien; E n n e c c e r u s - L e h m a n n : Recht der Schuldverhältnisse, S. 395 und wohl auch F. L a r e n z : Schuldrecht Besonderer Teil, S. 5, 6 unterscheiden zwischen Absorptionsgrundsatz, Kombinationsgrundsatz und Grundsatz der analogen Rechtsanwendung.

Diese Theorien dürfen aber nicht zu einer schematischen Anwendung der Typenvorschriften auf gemischte Verträge führen. Sie können nicht mehr als Richtlinien geben. Entscheidend ist die Interessenlage des Einzelfalles. 160) Danach werden die Typenvorschriften auf gemischte Verträge meist nur analog anwendbar sein. 161)

Gemäß den geschilderten Theorien ergibt sich folgender Plan der Darstellung: Nachdem für die einzelnen Klauseln die passenden Vertragstypen gefunden sind, ist zu untersuchen, ob in einem Vertragstyp der Schwerpunkt des Benutzungsvertrages gefunden werden kann.

Eine solch überwiegende Bedeutung hat die Klausel des Wegebenutzungsvertrages, die die Hauptleistungen des ganzen Vertrages enthält. Die Probleme, die der Benutzungsvertrag aufwirft, lösen sich dann nach den Regeln des Vertragstyps, unter den die Hauptleistung fällt. 162)

160) K. L a r e n z : Schuldrecht Besonderer Teil, S. 5; E n n e c c e r u s - L e h m a n n : Recht der Schuldverhältnisse, S. 396

161) Es ist m.E. deshalb nicht notwendig, den Grundsatz der analogen Rechtsanwendung als dritte Regel für die Anwendung von Typenvorschriften auf gemischte Verträge herauszustellen (vgl. Anm. 159). Die Prinzipien der Analogie gelten in allen Rechtsbereichen, nicht nur für gemischte Verträge.

162) Es ist einfach, diese ganze Problematik mit der Feststellung, der Wegebenutzungsvertrag sei ein "Vertrag sui generis", zu verdecken. Damit kann nicht bestimmt werden, nach welchen Grundsätzen sich Abschluß, Form, Inhalt und Beendigung des Vertrages richten. Abgesehen davon kann man nur dann zu dem Ergebnis kommen, der Benutzungsvertrag lasse sich nicht unter die benannten Verträge eingliedern, wenn man ihn daraufhin überprüft hat. Auch gegen diese Forderung der Logik wurde in der Literatur wiederholt verstoßen.

1. Abschnitt: Die Benutzungsklausel

Die Gemeinde gestattet dem EVU die Verlegung seiner Versorgungsleitungen in ihren Grund und Boden und verpflichtet sich, keinem anderen EVU während der Vertragsdauer die Benutzung ihres Eigentums zu erlauben. Dafür zahlt das EVU der Gemeinde ein Entgelt. Es beträgt einen bestimmten Prozentsatz von den Roheinnahmen des EVU. ¹⁶³⁾ Dieser darf eine gesetzliche Höchstgrenze nicht überschreiten. Eine Vorleistungspflicht der Gemeinde besteht nicht.

A. Die Gegenseitigkeit der Leistungen und deren Folgen

Die Benutzungsklausel ¹⁶⁴⁾ legt beiden Parteien Pflichten auf: Das EVU hat die vereinbarten Zahlungen zu leisten, die Gemeinde muß dem EVU die Benutzung ihrer Grundstücke gestatten und jeden anderen von der Benutzung ausschließen. Die Verpflichtung der Gemeinde besteht in einem Tun und in einem Unterlassen. Beides sind Leistungen, die den Gegenstand eines Schuldverhältnisses bilden können. ¹⁶⁵⁾ Bei der Benutzungsklausel handelt es sich deshalb um einen zweiseitig verpflichtenden Vertrag.

163) Die Entgelte betragen z.B. 10 v.H. der Roheinnahmen aus Versorgungsleistungen, die an letzte Verbraucher zu den allgemeinen Bedingungen und allgemeinen Tarifpreisen abgegeben werden, wenn die versorgte Gemeinde 25 000 und weniger Einwohner zählt. Sie steigen mit den Einwohnerzahlen der versorgten Gebiete (§ 2 Abs. 1 Buchst. b KAE).

164) Diese Formulierung wird gebraucht, um den Unterschied zwischen der einzelnen Abrede und dem gesamten Wegebenutzungsvertrag deutlich zu machen.

165) § 241 Satz 2 BGB: Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.

Die Leistungsversprechen der Parteien stehen sich nicht zufällig gegenüber, ¹⁶⁶⁾ sondern sind - wirtschaftlich gesehen - voneinander abhängig: Das EVU bezahlt die Gemeinde, um das ausschließliche Benutzungsrecht zu erlangen und es sich zu erhalten. Ebenso räumt die Gemeinde dem EVU nicht eine Rechtsstellung um ihrer selbst willen ein, sondern um dadurch einen konkreten Vermögensvorteil zu bekommen. Die Leistungen stehen im Verhältnis der Gegenseitigkeit; die eine bedingt die andere; eine Partei leistet, damit auch die andere ihre Pflichten erfüllt. ¹⁶⁷⁾ Die Benutzungsklausel beinhaltet damit einen gegenseitigen Vertrag, ein sogenanntes Synallagma. ¹⁶⁸⁾

Aus dieser Feststellung ergibt sich folgendes:

1. genetisches Synallagma

Bei der Entstehung des Schuldverhältnisses ist die gegenseitige Bedingtheit der Leistungen vollkommen (sog. genetische Abhängigkeit ¹⁶⁹⁾ oder genetisches Synallagma). ¹⁷⁰⁾ Ist also die Verpflichtung einer Partei von Anfang an nichtig, so ist das ganze Rechtsgeschäft nichtig. Die Ausnahмовorschrift des § 139 BGB, wonach sich die Teilnichtigkeit

166) Andernfalls spräche man von einem unvollkommen zweiseitigen Vertrag.

167) K. Larenz: Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 207 f; B. Danckelmann bei Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, Einführung vor § 320 Anm. 1 c

168) Der Ausdruck stammt aus dem Griechischen und bedeutet Tausch. Die gegenseitigen Verträge werden deshalb auch als Austauschverträge bezeichnet. Zu ihnen zählen nicht nur Umsatzgeschäfte von Sachen, sondern auch Verträge über den Gebrauch von Gütern und fremder Arbeitskraft, also Pacht-, Miet- und Dienstverträge. L. Kühlenbeck bei Staudinger: Kommentar zum BGB und zu dem Einführungsgesetz II Band: Recht der Schuldverhältnisse 1. Teil, 7./8. Auflage München und Berlin 1912, S. 254 ff (zit. Staudinger: Recht der Schuldverhältnisse I)

169) K. Larenz: Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 207

170) L. Kühlenbeck bei Staudinger: Recht der Schuldverhältnisse I, S. 255

eines Rechtsgeschäftes auf das ganze Geschäft dann nicht erstreckt, wenn anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil gewollt ist, ist unanwendbar. ¹⁷¹⁾

Daraus ergibt sich die Notwendigkeit zu prüfen, ob einzelne Abreden der Benutzungsklausel nichtig sind, die dann die Nichtigkeit der ganzen Klausel zur Folge hätten.

a. Aus der Eigenart der Benutzungsklausel ergibt sich die Frage, ob nicht die Gemeinde durch das praktisch ¹⁷²⁾ ausschließliche Benutzungsrecht des EVU geknebelt wird. Ein solcher "Knebelungsvertrag" wäre gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil darin eine Partei ihre auf einem Monopol beruhende Machtstellung dazu mißbraucht, das wirtschaftliche Fortkommen des Kontrahenten zu erschweren, ihm insbesondere seine wirtschaftliche Selbständigkeit zu nehmen. ¹⁷³⁾

Die Ausschließlichkeitsklausel vernichtet aber nicht die wirtschaftliche Selbständigkeit der Gemeinde. Die Energiewirtschaft ist nur ein Teilbereich der wirtschaftlichen Betätigung der Kommunen. Es bleibt diesen unbenommen, durch Eigen- oder Regiebetriebe am übrigen Wirtschaftsleben teilzunehmen. ¹⁷⁴⁾

171) B. D a n c k e l m a n n bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, Einführung vor § 320 Anm.2a; K. L a r e n z : Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 207

172) Für das Maß der wirtschaftlichen Überlegenheit des EVU gegenüber der Gemeinde kommt es nur darauf an, daß die Benutzungsklausel tatsächlich ein ausschließliches Benutzungsrecht gewährt. Seine rechtliche Qualifizierung ist hierbei bedeutungslos.

173) H. C o i n g bei S t a u d i n g e r : Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen I Bd. Allgemeiner Teil, 11. Auflage Berlin 1957. (zit. H. C o i n g bei S t a u d i n g e r : BGB Allgemeiner Teil) § 138 Rd.Nr. 18 ff; B. D a n c k e l m a n n bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 138 Anm. 2

174) Darüberhinaus wird auch die wirtschaftliche Selbständigkeit der Gemeinde auf dem Sektor der Energiewirtschaft durch den Wegebenutzungsvertrag nicht vollkommen beseitigt; denn bei Vorliegen eines wichtigen Grundes kann die Gemeinde den Vertrag kündigen und die Energieversorgung selbst übernehmen.

An der Sittenwidrigkeit der Ausschließlichkeitsklausel fehlt es auch deshalb, weil das EVU für die Gewährung des Benutzungsrechts keine Machtstellung mißbraucht.¹⁷⁵⁾ Das EVU besitzt gegenüber der Gemeinde gar keine Monopolstellung, die das wirtschaftliche Gleichgewicht der Vertragsparteien gefährden könnte. Die Monopolstellung, die das EVU gegenüber seinen Abnehmern einnimmt, kann beim Abschluß des Gestattungsvertrages nicht berücksichtigt werden, weil die Gemeinde dadurch in ihrer Handlungsfreiheit nicht unmittelbar beeinträchtigt wird. Eine derartige Machtstellung wäre hier der Gemeinde als der Alleineigentümerin aller öffentlichen Grundstücke gegenüber dem EVU zuzusprechen.¹⁷⁶⁾

Darüberhinaus hatte im deutschen Energierecht der Wegebenutzungsvertrag¹⁷⁷⁾ gerade die Funktion, die wirtschaftliche Machtstellung, vor allem des EVU, auf einen erträglichen Umfang zu reduzieren (sog. Ordnungsfunktion des Gestattungsvertrages).¹⁷⁸⁾ Er brachte also die wirtschaftlichen Machtunterschiede wieder ins Gleichgewicht, wirkte einem Monopolmißbrauch des EVU gerade entgegen.

b. Verstößt die Höhe der Benutzungsentgelte gegen die Preisvorschriften, so ist die Benutzungsklausel nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt (§ 134 BGB). Diese Ausnahmeregelung soll vor allem dann zum Tragen kommen, wenn Sinn und Zweck des Verbotes trotz des Verstoßes gegen die Preisvorschriften die Aufrechterhaltung des Geschäftes in Höhe des zulässigen Preises verlangen,¹⁷⁹⁾ wenn sich also das "Verbot nur gegen

175) Vgl. Anm. 173

176) K. B a l l e r s t e d t : Grundprobleme des Rechts der Konzessionsabgaben (KA) S. 125

177) Es ist nicht zu umgehen, daß bei der Prüfung der einzelnen Klauseln auf die übrigen Elemente des Vertrages eingegangen wird.

178) Vgl. S. 33

179) K r ü g e r - N i e l a n d im Kommentar der Reichsgerichtsräte und Bundesrichter zum Bürgerlichen Gesetzbuch I.Bd. 1. Teil, II. Auflage Berlin 1959 (zit. RGR Kommentar: BGB Allgemeiner Teil I.Bd. 1. Teil) § 134 Anm. 18

das Übermaß richtet". 180) Wenn die Zahlungen des EVU die festgesetzte Höchstgrenze überschreiten, ist also nicht der gesamte Gestattungsvertrag nichtig, vielmehr ist das Rechtsgeschäft zum zulässigen Höchstpreis wirksam.

Dieser Grundsatz gilt allerdings nur für "Umsatzgeschäfte des täglichen Lebens" 179), für "Geschäfte des täglichen Handelsverkehrs" 181); denn andere Geschäfte, die nicht zur gewöhnlichen Befriedigung des alltäglichen Bedarfs gehören, werden für die Beteiligten von so großer Tragweite sein, daß der Verkäufer nicht gezwungen werden kann, eine Sache, die er teuer verkaufen wollte, billig abzugeben. 182)

Aber auch die Geschäfte des täglichen Lebens, die gegen die Preisvorschriften verstoßen, sind nichtig, wenn beide Teile bewußt gegen die Vorschriften verstoßen. 181) In einem solchen Fall sind die Beteiligten nicht schutzwürdig und müssen die Folgen der Gesetzesverletzung voll tragen.

Ob bei der Vereinbarung überhöhter Benutzungsentgelte ein derartiges kollusives Zusammenwirken von EVU und Gemeinde vorliegt, kann nur in einem konkreten Fall entschieden werden. Der typisierte Gestattungsvertrag allein reicht nicht aus, um auf Absichten und Motive der Partner zu schließen.

Davon abgesehen ist aber die Benutzungsklausel ein Geschäft des täglichen Lebens. Dazu gehören nämlich nicht nur Kauf

179) K r ü g e r - N i e l a n d im Kommentar der Reichsgerichtsräte und Bundesrichter zum Bürgerlichen Gesetzbuch I.Bd. 1. Teil, II. Auflage Berlin 1959 (zit. RGR Kommentar: BGB Allgemeiner Teil I.Bd. 1. Teil) § 134 Anm. 18

180) H. L a n g e : BGB Allgemeiner Teil, 4. Auflage München und Berlin 1958, S. 322 ff; RGZ Bd. 88 S. 250 ff vom 19.5.1916; RGZ Bd. 166 S. 89 ff, 92 vom 30.1.1941

181) H. C o i n g bei S t a u d i n g e r : BGB Allgemeiner Teil § 134 Rd.Nr. 22

182) H. L a n g e : BGB Allgemeiner Teil, S. 323.

und Tausch, sondern auch Verträge über die entgeltliche Grundstücksbenützung. ¹⁸³⁾ Daraus folgt, daß nach Sinn und Zweck der Höchstpreisvorschriften der Vertrag zum zulässigen Preis aufrecht erhalten werden soll. Ein Verstoß gegen die Preisvorschriften führt also nicht zur Nichtigkeit der Benutzungsklausel.

Gegen die Ansicht, die Benutzungsklausel wäre bei Verstoß gegen die Höchstpreisvorschrift nichtig, spricht auch folgende Überlegung: Zweck der Preisvorschriften war es, die Monopolstellung der Gemeinde gegenüber den EVU, die sich in der Durchsetzung überhöhter Geldleistungen äußerte, ¹⁸⁴⁾ durch die Festsetzung von Höchstsätzen einzuschränken. Die EVU sollten dadurch von betriebsfremden Ausgaben entlastet, und die Energieversorgung im Interesse der Allgemeinheit verbilligt werden. ¹⁸⁵⁾ Diesem Zweck liefe es zuwider, wenn bei einem Verstoß gegen die Preisvorschriften die Benutzungsklausel nichtig sein sollte, weil dann die Rechtsstellung des EVU gegenüber der Gemeinde sehr geschwächt würde: Das EVU verfügte über keinen Rechtsanspruch mehr, der es zur weiteren Benutzung der gemeindlichen Grundstücke berechnigte. Der wirtschaftlichen Existenz des EVU wäre damit die Grundlage entzogen. Entsprechend dem Willen des Gesetzgebers, das EVU in seiner Rechtsstellung zu schützen, ist die Benutzungsklausel auch bei einem Verstoß gegen die Höchstpreise wirksam.

183) L. K u h l e n b e c k bei S t a u d i n g e r :
Recht der Schuldverhältnisse I, S. 254 ff; § 134
Anm. 18

184) K. B a l l e r s t e d t : Grundprobleme des Rechts
der KA, S. 125

185) Präambel zu den KAE

2. Funktionelles Synallagma

Die gegenseitige Abhängigkeit der vertraglichen Leistungen wirkt sich auch auf ihre "Geltendmachung und ihren Fortbestand" ¹⁸⁶⁾ aus (funktionelle Abhängigkeit oder funktionelles Synallagma). ¹⁸⁷⁾ Seine Ausprägung hat dieser Grundsatz in § 320 BGB gefunden. Nach dieser Bestimmung kann jeder Vertragsteil die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, daß er vorzuleisten verpflichtet ist. ¹⁸⁸⁾

Eine solche Vorleistungspflicht obliegt z.B. beim Abschluß eines Mietvertrages dem Vermieter. Wenn die Benutzungsklausel also ein Mietvertrag wäre, könnte § 320 BGB grundsätzlich nicht angewandt werden.

Eine danach möglicherweise bestehende Vorleistungspflicht der Gemeinde wurde aber vertraglich abbedungen. Damit ist § 320 BGB anwendbar, ohne daß es auf die Vertragsart der Benutzungsklausel ankäme. Es gilt daher folgendes:

Klagt die Gemeinde aus der Benutzungsklausel gegen das EVU auf Zahlung, und macht dieses sein Leistungsverweigerungsrecht nicht geltend, so wird das EVU unbeschränkt zur Leistung verurteilt. Berufte sich das beklagte EVU auf § 320 BGB, so hat es Zug um Zug gegen Erfüllung der Schuld der

186) K. L a r e n z : Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 207

187) Vgl. Anm. 169, 170

188) Nach der h.L. gewährt § 320 BGB nur eine prozeßrechtliche Einrede. Jeder Gläubiger kann also die ihm zustehende Leistung unabhängig von der Gegenleistung fordern. Es bleibt dann dem Gegner überlassen, sein Leistungsverweigerungsrecht geltend zu machen.
L. K u h l e n b e c k bei S t a u d i n g e r :
Recht der Schuldverhältnisse I, S. 256;
E n n e c c e r u s - L e h m a n n : Recht der
Schuldverhältnisse, S. 140; a.A. K. L a r e n z :
Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 208, 209

Klägerin zu leisten. 189) Will die Gemeinde dieser Einrede die Wirkung nehmen, um eine vorbehaltlose Verurteilung des EVU zu erreichen, muß sie grundsätzlich die Erfüllung ihrer eigenen Verpflichtungen darlegen und beweisen.

Die Verpflichtungen der Gemeinde bestehen aber in zweierlei Leistungen, einem Tun und einem Unterlassen. 190) Den Erfüllungsbeweis hat die Gemeinde nur für ihr Tun, nicht - und das ist die Besonderheit - für ihr Unterlassen zu führen. 191) Diese Ausnahme ist gerechtfertigt, weil es der Gemeinde schwerfallen würde, darzulegen, daß sie allen in Betracht kommenden EVU die Benutzung ihrer Grundstücke verboten habe. Es ist dem EVU eher zuzumuten, einen Konkurrenten anzuführen, mit dem die Gemeinde vertragsbrüchig geworden sein soll. Die Gemeinde erreicht also eine unbedingte Verurteilung des EVU, wenn sie allein beweist, daß sie dem beklagten EVU die Benutzung ihrer Grundstücke gestattet hat. 192)

Aus der funktionellen Abhängigkeit der Leistungen folgt weiter, daß bei Verzug und Unmöglichkeit die §§ 323 ff BGB anzuwenden sind und die allgemeinen Vorschriften nur zum Zuge kommen, soweit sie von den spezielleren nicht ausgeschlossen werden.

189) § 322 Abs. 1 BGB

190) Vgl. S. 62

191) B. D a n c k e l m a n n bei P a l a n d t :
Bürgerliches Gesetzbuch § 320 Anm. 3 c

192) Diese Beweislastregelung entspricht den §§ 345, 358 BGB, die hier rechtsanalog anzuwenden sind. Diese Vorschriften machen eine Ausnahme von dem Grundsatz der Beweislastverteilung, wonach der Schuldner die Erfüllung seiner Leistung als ihm günstige Tatsache zu beweisen hat. Das gilt nämlich nach den §§ 345, 358 BGB dann nicht, wenn die Verbindlichkeit in einem Unterlassen besteht.

B. Dauerschuldverhältnis

Wegen ihrer hohen Anlagenintensität liegt den EVU viel daran, sich ihre Absatzgebiete für lange Zeit zu sichern.¹⁹³⁾ Ebenso sind die Gemeinden an einer dauernden Sicherstellung der Versorgung ihrer Bürger mit Energie interessiert. Das ausschließliche Benutzungsrecht wird deshalb für einen langen Zeitraum vereinbart. Außerdem erschöpft es sich nicht in einer einmaligen Handlung,¹⁹⁴⁾ sondern verpflichtet die Parteien zu einem dauernden Verhalten. Die Benutzungsklausel ist daher ein Dauerschuldverhältnis.¹⁹⁵⁾

Eine lang andauernde vertragliche Bindung zweier Parteien erfordert eine besondere gegenseitige Rücksichtnahme. Die dadurch geschaffene Vertrauensgrundlage, ein personenrechtliches Element, führt dazu, daß der Grundsatz von Treu und Glauben im Dauerschuldverhältnis besondere Bedeutung gewinnt.¹⁹⁶⁾

Ist die Vertrauensgrundlage, auf der der Vertrag basiert, durch das Verhalten einer Partei zerstört, so muß sich die andere vom Vertrag lösen können.

Das Gesetz hat deshalb bei bestimmten typischen Dauerschuldverhältnissen den Parteien die Kündigung aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung eingeräumt.¹⁹⁷⁾ Die Rechtsprechung hat diesen Grundsatz auf sämtliche Dauerschuldverhältnisse ausgedehnt.¹⁹⁸⁾

193) Vgl. S.23

194) Vor allem die Unterlassungspflicht der Gemeinde muß sich naturgemäß über einen längeren Zeitraum erstrecken.

195) K. L a r e n z : Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 22

196) K. L a r e n z : Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 25

197) Vgl. §§ 626, 671 Abs. 2 und 3, 723 Abs. 1 Satz 2,3 BGB

198) RGZ Bd. 57 S. 115 vom 23.2.1904; RGZ Bd. 78 S. 387 vom 27.2.1912; es gilt "der allgemeine Grundsatz, daß bei Rechtsverhältnissen von längerer Dauer, die ein persönliches Zusammenarbeiten der Parteien und daher ein gutes Einvernehmen erfordern, bei Vorliegen eines wichtigen Grundes jederzeit die Aufkündigung erfolgen kann." (a.a.C. S. 389); RGZ Bd. 150 S. 199 vom 3.2.1936.

Die Möglichkeit, das Dauerschuldverhältnis bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zu kündigen, ist zugleich die wirtschaftlich zweckmäßigste Auflösung derartiger Schuldverhältnisse. Durch die Kündigung wird ein Vertrag nur mit Wirkung für die Zukunft beendet (ex nunc). Der bereits abgewickelte Teil des Vertrages bleibt unberührt.

Wollte man das Dauerschuldverhältnis nach den allgemeinen Vorschriften auflösen, so hätte eine Partei das Rücktrittsrecht, wenn der Gegenkontrahent mit seiner Leistung in Verzug geriete und auch nach Fristsetzung seinen Verpflichtungen nicht nachkäme. 199)

Bei Geltendmachung dieses Rechtes hätten die Parteien die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. 200) Damit würde auch der in der Vergangenheit bereits durchgeführte Teil des Vertrages unter die Rückabwicklung 201) fallen, ein Ergebnis, das der Rücktretende meist gar nicht wollte, und das wirtschaftlich zumindest unzweckmäßig ist. 202)

Bei typischen Dauerschuldverhältnissen ist deshalb kein Rücktritt möglich. 203)

199) § 326 Abs. 1 Satz 1 BGB

200) § 346 Satz 1 BGB, der auch auf gesetzliche Rücktrittsrechte anwendbar ist; § 327 Satz 1 BGB.

201) Da die gegenseitigen Leistungen tatsächlich zurückzugewähren sind, ist der Streit, ob der Rücktritt als solcher ex tunc- oder ex nunc-Wirkung hat, für die dargestellte Problematik bedeutungslos (vgl. En n e c c e r u s - L e h m a n n : Recht der Schuldverhältnisse, S. 165 einerseits, K. L a r e n z : Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 30, andererseits).

202) K. L a r e n z : Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 308

203) Ob deshalb dem Rücktritt "nur noch Wirkung für die Zukunft" beigelegt werden soll (so die Rechtsprechung RGZ Bd. 104 S. 39, 41 vom 3.2.1922; RGZ Bd. 161 S. 101, 103 vom 26.4.1939) oder von einer Kündigung gesprochen wird (K. L a r e n z : Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 308; B. D a n c k e l m a n n bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 242 Anm. 4 b), ist der Sache nach ohne Bedeutung. M.E. ist der Ausdruck Kündigung vorzuziehen, da ihm begrifflich schon ex nunc-Wirkung zukommt.

Für den Wegebenutzungsvertrag bedeutet dies, daß er aus wichtigem Grunde mit sofortiger Wirkung gekündigt werden kann. Das gilt allerdings, wie sich aus obigen Argumenten ergibt, nur für den schon teilweise erfüllten Vertrag. Die Auflösung eines solchen Gestattungsvertrages mit rückwirkender Kraft ist ausgeschlossen.

C. Der Vertragstypus

In der Benutzungsklausel wird dem EVU die Benutzung des gemeindlichen Grundes gegen Entgelt gestattet. Weil es sich dabei um einen gegenseitigen Vertrag handelt, werden alle diejenigen Typenvorschriften dem Wesen der Benutzungsklausel nicht gerecht, bei denen sich die Leistungen der Parteien nicht wechselseitig bedingen, wie etwa bei der Leihe. 204)

Die Benutzungsklausel enthält als entgeltliche Gebrauchsüberlassung alle Merkmale des § 535 BGB, einer Miete. Im einzelnen entsprechen die Pflichten aus dem Mietvertrag denen der Benutzungsklausel.

1. Die Gebrauchsüberlassung

§ 535 Satz 1 BGB verpflichtet den Vermieter, dem Mieter den Gebrauch der vermieteten Sache während der Mietzeit zu gewähren. Eine derartige Gebrauchsüberlassung ist nach der Benutzungsklausel auch die Hauptleistung der Gemeinde. Zwar ist daneben die Gemeinde noch verpflichtet, keinem anderen Energieversorgungsunternehmer, sich selbst einge-

204) Vgl. § 598 BGB. Nicht zu erörtern ist deshalb auch das im BGB nicht geregelte römisch-rechtliche Praecarium, wonach der Verleiher das unentgeltliche Gebrauchsrecht des Entleihers beliebig widerrufen kann.

geschlossen, 205) die Benutzung ihres Grundeigentumes zu gewähren. Dieser Verpflichtung kommt jedoch, so wichtig sie in wirtschaftlicher Hinsicht auch sein mag, juristisch keine selbständige Bedeutung zu.

- a. Abgestellt auf die Beziehungen zwischen den Vertragsparteien ergibt sich die Unselbständigkeit des Ausschließlichkeitsanspruchs des EVU aus dem Wortlaut des § 535 BGB: Aus der Hauptpflicht des Vermieters zur Gebrauchsgewährung (nicht Überlassung) folgt nämlich, daß der Vermieter nicht nur zu bloßem Dulden, sondern auch zu aktivem Tun verpflichtet ist. Dem Vermieter ist damit die dem personenrechtlichen Element der Dauerschuldverhältnisse entsprechende Fürsorgepflicht auferlegt, die ihn anhält, den Mieter vor jeglicher Störung eines Dritten zu bewahren. 206) Die Beachtung der Ausschließlichkeitsklausel ist die der Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung inhärente Pflicht, den Vertragspartner im Gebrauchsgenuß durch den Ausschluß Dritter vom Gebrauch zu schützen.
- b. Eine eigene Bedeutung kommt dem Ausschließlichkeitsanspruch auch nicht zu, wenn das Mietverhältnis durch einen außenstehenden Dritten gestört wird. Das ergibt sich aus folgendem:

Exkurs: Rechte des besitzenden EVU bei Störung seines Benutzungsrechts durch ein zweites, nicht besitzendes EVU.

Ausgangspunkt ist folgender Sachverhalt: Die Gemeinde hat mit einem EVU einen Mietvertrag geschlossen und vollzogen, das EVU hat also von den gemeindlichen Grundstücken schon Besitz ergriffen und benutzt sie.

205) F. M e h l e m : Verträge zwischen EVU und kreisangehörigen Gemeinden, Deutsche Verwaltungsblätter (DVBL) 1958, S. 159

206) Vgl. H. G r a m m bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch § 535 Anm. 2a

Schließt jetzt die Gemeinde mit einem zweiten EVU einen Mietvertrag über dieselben Grundstücke, so wird das erste EVU in seinem Gebrauchsrechte gestört, wenn das zweitberechtigte seine Ansprüche realisiert. ²⁰⁷⁾ Eine derartige Leistungsstörung entsteht auch ohne ausdrückliches Ausschlussrechtsrecht. Es ist eine logische Notwendigkeit, daß sich niemand verpflichten kann, eine bestimmte Rechtsposition, die er schon jemandem eingeräumt hat, nochmals einem Dritten zu gewähren, ohne den Erstberechtigten durch den Vollzug dieser zweiten Verpflichtung zu verletzen.

In einem solchen Fall hat das erstberechtigte Unternehmen verschiedene Ansprüche gegen die Gemeinde. Mit der Erfüllung des zweiten Mietvertrages kann das erste EVU auf Erfüllung seines Mietvertrages klagen, da dadurch sein Gebrauchsrecht verletzt wird. ²⁰⁸⁾ Daneben kann das EVU Schadenersatz oder eine Minderung der Miete verlangen: Durch die Leitungsverlegung des zweiten EVU wird der vertragsmäßige Gebrauch der Mietsache durch das erste EVU gemindert. Mit der Ausübung des zweiten Benutzungsvertrages wird also die Mietsache für das erste EVU fehlerhaft im Sinne des § 537 BGB, bei dessen Vorliegen dem ersten EVU die genannten Ansprüche zustehen. ²⁰⁹⁾

Das erste EVU kann aber auch das zweite von einer Ingebrauchnahme der gemeindlichen Grundstücke ausschließen: Denn jede derartige Maßnahme des zweitberechtigten EVU würde das erstberechtigte in seinem Besitz widerrechtlich beeinträchtigen, also den Tatbestand der verbotenen Eigen-

207) Damit ist nicht gesagt, daß das zweite Rechtsgeschäft unwirksam ist. § 306 BGB steht dem zweiten Vertrag nicht entgegen; weil danach nur die Verpflichtung zu einer objektiv unmöglichen Leistung nichtig ist, nicht aber das Versprechen einer hier vorliegenden subjektiven Unmöglichkeit.

208) §§ 535, 536 BGB

209) §§ 537, 538 BGB

macht realisieren. ²¹⁰⁾ Der verbotenen Eigenmacht kann sich der Besitzer mit Gewalt erwehren. Er kann aber auch Wiedereinräumung des rechtswidrig entzogenen Besitzes verlangen oder, wenn er im Besitz nur gestört ist, Be-seitigung der Störung fordern. ²¹¹⁾

Diesen Besitzklagen kann das zweibertichtigte EVU nicht sein Besitzrecht aus dem Mietvertrag mit der Gemeinde entgegenhalten. Derartige Einwendungen aus dem materiellen Recht sind gegenüber Besitzklagen unzulässig ²¹²⁾, weil

210) § 858 Abs. 1 BGB. Verbotene Eigenmacht ist jede Störung des unmittelbaren Besitzes. Sie ist nicht nur gegen den besitzenden Eigentümer denkbar. Falsch ist deshalb die Ansicht von H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 132, wonach "dem besitzenden EVU gegenüber ... in der Wegebenutzung keine verbotene Eigenmacht" liegen kann, "wenn sie auch gegenüber dem Wegeeigentümer nicht zu bestreiten ist, falls die Leitung ohne dessen Genehmigung gebaut ist."

Auf die Entscheidung RGZ Bd. 91 S. 170 ff. vom 9.11.1917 kann sich diese Auffassung nicht stützen. Hier war nämlich der Benutzungsvertrag zwischen dem klagenden EVU und der Gemeinde Frechen bei Köln noch nicht vollzogen. Das EVU hatte von den öffentlichen Wegen noch nicht Besitz ergriffen, und folglich keine Ansprüche gegen die beklagte Stadt Köln, die eine Straße der Gemeinde Frechen mit deren Genehmigung zum Bau einer Bahnlinie benutzte.

211) §§ 859, 861, 862 BGB

212) Vgl. § 863 BGB. So eindeutig H. G r a m m bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 535 Anm. 2f: "Ein Mieter, der im Besitz der Mietsache ist, hat gegen jede Störung seitens eines Dritten die Ansprüche aus den §§ 859 - 869 BGB. Diese Rechte stehen ihm bei Doppelvermietung auch hinsichtlich des anderen Mieters zu." Das erstberechtigte EVU kann als früherer Besitzer gegen einen Besitzentzug auch gem. § 1007 Abs. 1 BGB vorgehen. Diese Bestimmung gilt nach dem Wortlaut zwar nur für bewegliche Sachen, kann aber wohl auf Mietsachen ausgedehnt werden (BGHZ Bd. 7, S. 209, 215 vom 25.9.1952). Gegen diesen Anspruch kann aber das zweibertichtigte EVU sein Recht zum Besitz aus dem Mietvertrag einwenden. § 1007 Abs. 3, § 986 Abs. 1 Satz 1 BGB. Vgl. U. H o c h e bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 1007 Anm. 2 d aa. Die Ansicht H. G r a m m s bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch Anm. 2 zu § 535, wonach sich bei Doppelvermietung der frühere

Forts. s. nächste Seite

der Besitz im Interesse des Rechtsfriedens eine um seiner selbst willen geschützte Rechtsposition ist. 213)

Dies gilt jedoch, wie vorausgesetzt, nur für jene Grundstücke, die das EVU besitzt. 214) Besitz hat das EVU auf jeden Fall an den Straßen, in die es seine Leitungen verlegt hat. Denn mit dem Aufgraben des Straßenkörpers, der Verlegung der Rohre, dem Anbringen der zur Wartung notwendigen Zugänge hat das EVU die tatsächliche Gewalt über den Straßenkörper erlangt. Diese Sachherrschaft wird auch von dem natürlichen Willen zum Besitz getragen. Das EVU nutzt die Straßen gemäß dem Benutzungsvertrag, übt seine Herrschaft also ganz bewußt aus. Damit sind die Voraussetzungen des Besitzes, vom natürlichen Willen getragene tatsächliche Herrschaft über eine Sache, erfüllt.

Allerdings erlangt das EVU durch die Leitungsverlegung nicht die alleinige Herrschaft über die Straße. Es übt sie nur zusammen mit der Eigentümerin, der Gemeinde, aus. Es hat deshalb an der Straße auch nur mit ihr zusammen Mitbesitz erlangt. Der Mitbesitz ist ungleichartig, weil die Gemeinde als Eigentümerin ein stärkeres Besitzrecht hat als das EVU, das sich nur auf einen obligatorischen Anspruch auf Nutzung stützen kann. 215)

EVU und Gemeinde sind unmittelbare Besitzer. Die Gemeinde ist trotz des Mietvertrages nicht nur Besitzmittler. 216)

Forts. v. Fußnote 212)

Besitzer gegenüber dem zweiten Mieter erfolgreich auch auf § 1007 berufen kann, halte ich deshalb für unrichtig.

213) H. E i c h l e r : Institutionen des Sachenrechts I. Bd., Berlin 1954, S. 58

214) Nach heute herrschender Lehre kann eine juristische Person unmittelbar, d.h. ohne Besitzvermittlung durch ihre Organe besitzen. U. H o c h e bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 865 Anm. 1

215) H. E i c h l e r : Institutionen des Sachenrechts, II. Band 1. Halbband, Berlin 1957, S. 26

216) § 868 BGB

Der Mitbesitz des EVU erstreckt sich auf die ganze Straße, nicht nur auf einen Teil von ihr, etwa auf den, der über der Versorgungsleitung läge. Das Wesen des Besitzes verlangt nämlich für den Teilbesitz das Vorhandensein abgegrenzter Teile einer einheitlichen Sache, auf die sich die Ausübung der Sachherrschaft beschränken läßt. Eine derartige räumliche Trennung weist aber die Straße nicht auf, so daß ein Teilbesitz abzulehnen ist. 217)

Dadurch, daß das EVU an der Straße nur Mit- und nicht Alleinbesitz erlangt hat, werden aber die Abwehrrechte des EVU gegen Dritte nicht eingeschränkt. Der Mitbesitz wirkt insoweit wie Alleinbesitz. 218)

Das EVU hat aber auch mit Abschluß des Wegebenutzungsvertrages und nach Aufnahme der Energieerzeugung und -verteilung durch Rechtsgeschäft gem. § 854 Abs. 2 BGB Besitz an jenen Straßen erlangt, in die noch keine Leitungen verlegt sind.

Mit dem Abschluß des Benutzungsvertrages haben sich nämlich Gemeinde und EVU über den Erwerb des Mitbesitzes an den Straßen durch das EVU geeinigt. Diese stillschweigende Einigung ist zu unterstellen, da sie Sinn und Zweck des Benutzungsvertrages entspricht. Damit ist eine Voraussetzung des rechtsgeschäftlichen Besitzerwerbes nach § 854 Abs. 2 BGB erfüllt. Das EVU ist aber auch nach Aufnahme der Versorgung in der Lage, an allen Straßen des Gemeindegebietes Besitz zu ergreifen. Denn das EVU muß gemäß dem Benutzungsvertrag mit den Kapitalien ausgestattet sein, die erforderlich sind, um neu entstehende Siedlungen zu versorgen und die dafür notwendig werdenden Leitungen zu verlegen.

Es ist ihm damit möglich, sich die tatsächliche Gewalt über die Straßen unmittelbar zu verschaffen. Ein Hindernis für

217) H. E i c h l e r : Institutionen des Sachenrechts, II. Band, 1. Halbband, S. 25

218) § 866 BGB

die wirkliche Ausübung dieser tatsächlichen Gewalt ist nicht ersichtlich. Vor allem schließt der angenommene Sachverhalt aus, daß sich ein Dritter in der Zwischenzeit den Besitz aneignet.

Damit ist auch die zweite Voraussetzung des § 854 Abs. 2 BGB erfüllt. ²¹⁹⁾ Eine Ausübung der tatsächlichen Gewalt ist nicht erforderlich.

Deshalb kann das EVU auch gegen jeden mit der Besitzklage vorgehen, der in jene Straßen Leitungen verlegen will, die von ihm selbst noch nicht zur Energiefortleitung benutzt werden. Durch den Besitz der Straßen hat sich das obligatorische Nutzungsrecht des EVU verdinglicht und wirkt gegenüber jedermann. ²²⁰⁾

Neben diesen Besitzklagen stehen dem EVU noch folgende Ansprüche gegen den Störer zu: Da das erstberechtigte EVU durch das zweitberechtigte in seinem Recht zum Besitz gestört wird, kann es gegen dieses auch gem. § 823 Abs. 1 BGB vorgehen, weil das Recht zum Besitz zu den absoluten Rechten dieser Bestimmung zählt. Das EVU kann also neben Beseitigung der Störung Schadensersatz verlangen.

Ob außerdem dem erstberechtigten EVU auch ein Schadens- oder Abwehranspruch wegen Verletzung des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebes erwächst, ist fraglich.

Soweit sich der Eingriff des zweitberechtigten EVU gegen Straßen richtet, in die das erstberechtigte noch keine Leitungen verlegte, ist ein derartiger Anspruch abzuleh-

219) H. Eichler: Institutionen des Sachenrechts, II. Band, 1. Halbband, S. 151; G. Seufert bei Staudinger: Kommentar zum BGB II. Band Sachenrecht 1. Teil, 11. Auflage Berlin 1956 § 854 Rd. Nr. 9 (zit. G. Seufert bei Staudinger: Sachenrecht I). Soergel-Siebert: BGB Bd. II Sachenrecht, Stuttgart 1960, § 854 Rd.Nr. 14

220) G. Dulckeit: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte Tübingen 1951, Recht und Staat Bd. 158/159 S. 12

nen, weil derartige Grundstücke noch nicht in die Betriebsorganisation des EVU einbezogen wurden, diese deshalb auch nicht verletzt werden kann. ²²¹⁾

Auf den Besitz der Straßen kommt es dabei nicht an.

Verlegt das zweitberechtigte EVU Leitungen in Straßengrundstücke, die auch vom erstberechtigten schon benutzt werden, so liegt ein unmittelbarer Eingriff in den Gewerbebetrieb des EVU vor.

Die Rechtswidrigkeit dieses Eingriffs ist aber nicht schon aus dessen Tatbestandsmäßigkeit zu schließen. Dieser Grundsatz gilt nur für die "klassischen Rechte" des § 823 BGB. ²²²⁾ Die Rechtswidrigkeit des Eingreifens gegen den Gewerbebetrieb ist gesondert zu prüfen. Sie liegt vor, wenn der Eingriff sozial inadäquat ist, oder wenn die ihn rechtfertigenden Normen weniger bedeutend sind als jene, gegen die er verstößt.

Gerechtfertigt wird der Eingriff des zweitberechtigten EVU durch dessen Recht zur Straßenbenützung. Verletzt wird durch ihn der Besitz des erstberechtigten EVU und sein Recht zur Straßennutzung. Da zweierlei Rechtspositionen durch die Ausübung nur eines Rechts verletzt werden, ist die Rechtswidrigkeit des Eingriffs anzunehmen.

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, daß der vollzogene Vertrag gegenüber dem noch nicht vollzogenen den Vorrang hat, das zweite EVU keinen Erfüllungsanspruch besitzt und sich daher mit einem Schadensersatzanspruch gegen die Gemeinde begnügen muß. ²²³⁾ Damit wirkt das eingeräumte ²²⁴⁾

221) BGH in NJW 1965 S. 2103 vom 14.7.1965

222) K. L a r e n z : Schuldrecht Besonderer Teil, S. 399 ff

223) Ebenso K. K o b e r bei S t a u d i n g e r : Recht der Schuldverhältnisse I, S. 849; H. G r a m m bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 536 Anm. 3

224) Ist noch keiner der Mietverträge vollzogen, hat kein Mieter gegenüber dem anderen ein besseres Recht. Ein Ausschließlichkeitsrecht besteht nicht. Dieselbe Situation ergäbe sich auch dann, wenn beiden EVU gleichzeitig Ausschließlichkeitsrechte eingeräumt würden. Auch hier wären beide Rechtspositionen gleich stark.

Gebrauchsrecht der Gemeinde und jedem anderen Störer gegenüber wie ein Ausschließlichkeitsrecht. Die Benutzungsklausel beinhaltet das Ausschließlichkeitsrecht.

Rechtlich ist das Ausschließlichkeitsrecht als Nebenanspruch des EVU zu qualifizieren, der sich aus der Hauptpflicht der Gemeinde, dem EVU den Gebrauch der Gemeindegrundstücke zu überlassen, ableitet. ²²⁵⁾

Das Ausschließlichkeitsrecht bildet auch nicht die Gegenleistung für die Mietzinszahlungen. ²²⁶⁾ Verletzungen dieses Rechts regeln sich deshalb nach den allgemeinen Vorschriften, nicht nach den §§ 320 ff. BGB, die nur für Hauptpflichten gelten, also für solche Pflichten, die im gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis stehen. ²²⁷⁾

Da sich die Benennung eines Schuldverhältnisses nach dessen Hauptpflicht richtet, steht das Ausschließlichkeitsrecht der Subsumption der Benutzungsklausel unter die Mietverträge nicht entgegen. Das Ausschließlichkeitsrecht ist eine Nebenleistung im Rahmen des Mietvertrages.

2. Der vereinbarte Mietzins

Der Einordnung der Benutzungsklausel unter die Mietverträge wird u.a. entgegengehalten, daß die vereinbarten Entgelte dem Mietzins nicht gleichgesetzt werden könnten. Unter Miete sei ein festes Entgelt zu verstehen, während

225) So etwa L. K u h l e n b e c k bei S t a u d i n g e r : Recht der Schuldverhältnisse I, S. 351. Danach folgt aus der Gewährleistungspflicht des Vermieters, daß er den Mieter "während des Mietverhältnisses den Sachgebrauch nicht selbst schmälern oder durch Dritte schmälern lassen darf"; ferner, daß er "vom Mieter alle Störungen und Beunruhigungen auch seitens Dritter fernzuhalten" hat. a.a.O. S. 581.

226) Vgl. S.81

227) H. G r a m m bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 536 Anm. 4 b cc; K. K o b e r bei S t a u d i n g e r : Recht der Schuldverhältnisse I, S. 851

sich die Gegenleistungen des EVU nach einem festen Prozentsatz der Einnahmen bestimmten, also variierten. ²²⁸⁾

Es ist zwar zuzugeben, daß der Mietzins für die Nutzung beweglicher und unbeweglicher Sachen meist in einem fixen Geldbetrag besteht. Auch das Gesetz geht in erster Linie von einer Geldzahlung aus, was sich aus dem von ihm gebrauchten Begriff Mietzins, aber auch daraus ergibt, daß es auf den Mietzins die Vorschriften über die Minderung anwendet. ²²⁹⁾

Für den Mietvertrag ist aber nicht zwingend, daß die Leistung des Mieters in einer Geldzahlung besteht. § 535 Satz 1 BGB spricht ausdrücklich von dem "vereinbarten" Mietzins. Höhe aber auch Art der Gegenleistung werden durch Parteiabrede bestimmt. So ist es ohne weiteres möglich, daß die Gebrauchsüberlassung durch Hingabe sonstiger vertretbarer Sachen bezahlt wird. ²³⁰⁾ Wenn aber in diesen Fällen schon von Mietverträgen gesprochen wird, so ist doch erst recht ein Mietvertrag anzunehmen, wenn die Gegenleistung sogar in einem Mietzins, in einer, wenn auch variablen, Geldzahlung besteht.

Gegen das dargestellte Verhältnis von Gebrauchs- und Ausschließlichkeitsrecht wird vorgebracht, die Leistungen des EVU entfielen höchstens zur Hälfte auf das Gebrauchsrecht, die andere Hälfte müsse das EVU der Gemeinde bezahlen, weil diese auf die Gewinnchance aus einer eigenen Energieversorgung verzichtet. Die ertragsabhängigen Zahlungen des EVU wären eine Rente für die Monopolstellung, die das EVU durch das Ausschließlichkeitsrecht erhalte. ²³¹⁾

228) F. M e h l e m : Verträge zwischen EVU und kreisangehörigen Gemeinden, S. 159

229) K. L a r e n z : Schuldrecht Besonderer Teil, S. 129

230) K. L a r e n z : Schuldrecht Besonderer Teil, S. 129;
B. D a n c k e l m a n n bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 535 Anm. 3 b

231) F. M e h l e m : Verträge zwischen EVU und kreisangehörigen Gemeinden, S. 159

Richtig ist zwar, daß das EVU die Nachfrage des Gemeindegebiets auf sich konzentriert hat, also eine Monopolstellung besitzt. ²³²⁾ Falsch aber ist es, aus dieser Monopolstellung eine Monopolrente zu folgern, die die Energieversorgung sehr lukrativ mache und die Benutzungsentgelte als "besonders intensiven" Mietzins erst rechtfertige. ²³³⁾

Zum einen nämlich wirft nicht jedes Monopol eine Monopolrente ab. Das ist nur dann der Fall, wenn das EVU als einziger Anbieter die Preise höher ansetzen kann, als sie sich bei vollkommener Konkurrenz ergäben. Das ist aber bei der Energieversorgung gerade nicht möglich, weil dieser Wirtschaftszweig von einem Wirtschaftsprinzip beherrscht wird, das das Gewinnstreben einschränkt. ²³⁴⁾ Eine besonders bedeutsame Gewinnchance des EVU, auf die die Gemeinde durch Abschluß des Benutzungsvertrages verzichtet, besteht also nicht. Die Gemeinde kann dafür deshalb auch keinen Ersatz verlangen.

Abgesehen davon schließt es das Wesen des Mietvertrages nicht aus, daß der Mietzins nach der besonderen wirtschaftlichen Stellung bemessen wird, die die Gebrauchsüberlassung dem Mieter gewährt.

So wird der Mietzins für Geschäftsräume immer höher sein als der für gleichgroße Wohnräume, eben weil der Vermieter mit seiner Mietsache, die dem Betrieb des Vermieters dient, an dessen Gewinn teilhaben will und deshalb eine entsprechend hohe Miete fordert.

Ebenso ist es bei der Berechnung der Benutzungsentgelte berechtigt, den wirtschaftlichen Wert zu berücksichtigen, den die gemeindlichen Grundstücke für das EVU darstellen. Denn der wirtschaftliche Erfolg eines EVU hat, abgesehen

232) Zum wirtschaftlichen Hintergrund siehe S.

233) F. M e h l e m : Verträge zwischen EVU und kreisangehörigen Gemeinden, S. 159

234) Vgl. S. 18

von anderen Faktoren, seinen Ursprung in der Benutzung des gemeindlichen Eigentums, nicht im Ausschließkeitsrecht, weil dieses nur eine Folge der Gebrauchsüberlassung ist.

Gegenleistung für die Zahlungen des EVU ist deshalb die Gebrauchsgewährung. Die Benutzungsklausel ist ein Mietvertrag. Dies ist auch die überwiegende Meinung in der Literatur. 235)

D. Folgerungen

Für einige in der Literatur behandelte Probleme, die die Benutzungsklausel aufwirft, ergeben sich aus der Subsumtion des Benutzungsrechts unter die Miete folgende Lösungen:

-
- 235) Nach ihr ist zwar der Benutzungsvertrag als solcher ein Vertrag sui generis. Henke - Müller - Rumpff: Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 121; Eisner - Riederer - Sieder: Energiewirtschaftsrecht, S. V 39; F. Mehlem: Verträge zwischen EVU und kreisangehörigen Gemeinden, S. 159; R. Diddén: Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, S. 72.

Soweit diese Autoren aber die Benutzungsklausel allein qualifizieren, sprechen sie von einer Miete, die zwar im Benutzungsvertrag untergehe, aber doch zu berücksichtigen sei (Henke - Müller - Rumpff: Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 122), weil sie einen der wesentlichen Bestandteile des Benutzungsvertrages darstelle (R. Diddén: Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, S. 72; Eisner - Riederer - Sieder: Energiewirtschaftsrecht, S. V 42b). Vor allem wird beim Eigentümerwechsel der Grundstücke auf die mietrechtliche Natur des Benutzungsvertrages verwiesen. In diesem Falle soll nämlich § 571 BGB anwendbar sein (Henke - Müller - Rumpff: Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 122; Eisner - Riederer - Sieder: Energiewirtschaftsrecht, S. V 42 b).

1. Die Form

Da das Benutzungsrecht aus wirtschaftlichen Gründen für eine lange Zeit gesichert sein muß, wird die Geltungsdauer des Benutzungsvertrages und damit der Benutzungsklausel meist für 30 Jahre festgelegt.

Rechtlich verbindlich ist diese Vertragsdauer aber nur, wenn die Benutzungsklausel schriftlich festgelegt ist. Diese Form ist für Verträge von längerer als einjähriger Dauer erforderlich.²³⁶⁾ Wird sie nicht beachtet, so ist zwar der Vertrag entgegen § 125 BGB nicht nichtig, aber nach einem Jahr fristgemäß kündbar.²³⁷⁾

Zwar kann die Vertragsdauer dann noch bindend werden, wenn der anfangs nur mündlich geschlossene Vertrag später schriftlich bestätigt wird. Einen Anspruch auf eine derartige förmliche Bestätigung des zunächst formlos geschlossenen Vertrages hat eine Partei aber nur, wenn von Anfang an die schriftliche Fixierung des Vertrages vereinbart war. Wegen der hierbei zu befürchtenden Beweisschwierigkeiten ist dem EVU in jedem Falle zu raten, die Benutzungsklausel schriftlich abzufassen, wenn es sich das Nutzungsrecht für 30 Jahre sichern will.

Formbedürftig sind alle Vertragspunkte, die synallagmatische Rechte und Pflichten enthalten. Andernfalls entbehrt der ganze Vertrag der Form und ist gemäß § 565 Satz 2 BGB fristgemäß kündbar. Das ergibt sich aus der gegenseitigen Be-

236) § 565 S. 1 BGB

237) § 566 S. 2 BGB. Der Grund dafür ist, daß die Schriftform nur die Beweisführung erleichtern, vor allem den Grundstückserwerber über seine Pflichten, die er gem. § 571 BGB zu übernehmen hat, unterrichten soll. Die Form hat nicht den Schutz einer Partei im Auge wie etwa § 313 BGB. Deshalb ist der Vorvertrag zum Mietvertrag formlos gültig, auch wenn dieser über 30 Jahre geschlossen werden soll. So die herrschende Lehre. A.A. K. L a r e n z : Schuldrecht Besonderer Teil, S. 126

dingtheit der Leistungen, wodurch der Formmangel der einen Leistung den der entsprechenden Gegenleistung zur Folge hat. Die Anwendung der Ausnahme des § 139 BGB ist insoweit ausgeschlossen. ²³⁸⁾

Daraus folgt für die Benutzungsklausel, daß Benutzungsrecht und Anspruch auf den Mietzins der Schriftform bedürfen. Darüberhinaus müssen aber alle wesentlichen Punkte des gesamten Vertragswerkes schriftlich fixiert sein. Wesentlich sind alle Abreden des Vertragswerkes, die die Parteien als im inneren Zusammenhang mit der Benutzungsklausel stehend ansahen. ²³⁹⁾ Dies gilt für alle Klauseln, die der Benutzungsvertrag enthält. Der gesamte eingangs geschilderte Vertrag muß also schriftlich niedergelegt sein.

2. Die Kündigung

Durch die Bestimmung einer Vertragsdauer ist die ordentliche Kündigung ausgeschlossen. ²⁴⁰⁾ Die Parteien können sich nur durch außerordentliche Kündigung vom Vertrage lösen. Diese bedarf keiner Form. ²⁴¹⁾

- a. Von den Fällen, für die das Gesetz einer der Parteien das Recht zur außerordentlichen fristgemäßen Kündigung gewährt, kommt wohl nur der des § 567 BGB in Betracht. ²⁴²⁾
- Danach kann ein Mietvertrag, der für eine längere Zeit als 30 Jahre geschlossen ist, nach Ablauf von 30 Jahren von

²³⁸⁾ Vgl. S. 64

²³⁹⁾ RGZ Bd. 103 S. 295, 297 vom 7.12.1921

²⁴⁰⁾ Das folgt aus einem Umkehrschluß von § 564 Abs. 2 BGB

²⁴¹⁾ Die nach § 564 a BGB erforderliche Schriftform der Kündigung gilt nur für Mietverhältnisse über Wohnraum.

²⁴²⁾ Die übrigen Fälle, Verbot der Untermiete (§ 549 Abs. 1 Satz 2 BGB), Tod des Mieters (§ 569 BGB), Versetzung eines Beamten (§ 570 BGB) gelten ihrem Sinn und Zweck nach nur für die Wohnraummiets und können auf die Grundstücksmiets nicht angewendet werden.

jedem Partner fristgemäß ²⁴³⁾ gekündigt werden.

In der Literatur wird die Meinung vertreten, ein Benutzungsvertrag mit einer Wirkungskdauer von über 30 Jahren könne nicht nach 30 Jahren gekündigt werden. ²⁴⁴⁾ Die Vorschrift des § 567 BGB sei nicht anwendbar, da der Benutzungsvertrag "kein miet- oder pachtähnliches Rechtsverhältnis" sei. ²⁴⁵⁾

Dieses Argument kann hier nicht durchgreifen, weil nur das Benutzungsrecht als solches behandelt wird, nicht der gesamte Benutzungsvertrag.

Darüberhinaus sind aber auch keine wirtschaftlichen Gesichtspunkte erkennbar, die es notwendig machten, das Benutzungsrecht des EVU für mehr als 30 Jahre sichern zu wollen.

Normalerweise genügt eine Vertragsdauer von 20 bis 30 Jahren, ²⁴⁶⁾ um das EVU trotz seiner hohen Anlagenintensität über die Abschreibungen zu liquidieren. Die Begründung, § 567 BGB sei auf Benutzungsklauseln vor allem deshalb nicht anwendbar, weil die Kündigungsmöglichkeit nach 30jähriger Vertragsdauer wirtschaftlich untragbar erscheine, ²⁴⁷⁾ ist deshalb nicht überzeugend.

243) Um die Anwendbarkeit des § 567 BGB auf Benutzungsverträge untersuchen zu können, sei für diese Frage abweichend von dem Muster des Benutzungsvertrages eine Vertragsdauer von 40 Jahren unterstellt. Die Kündigungsfrist richtet sich nach § 565 Abs. 1 Satz 3 BGB: Wird der Mietzins monatlich oder jährlich bezahlt, beträgt die Kündigungsfrist 3 Monate. Kündigungstermin ist der Ablauf eines Kalendervierteljahres.

244) H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 122; H. F i s c h e r h o f : Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S. 69

245) H. F i s c h e r h o f : Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S. 69

246) Vgl. S.25

247) H. F i s c h e r h o f : Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S. 72

Dieses Argument - seine Richtigkeit unterstellt - stützt die gegenteilige Auffassung aber auch nicht: Auch wenn die Anwendung des § 567 BGB auf die Benutzungsklausel abgelehnt wird, kann diese nicht zum "Ewigkeitsvertrag" gemacht werden. Als Dauerschuldverhältnis ist sie nämlich jederzeit fristlos kündbar, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. 248)

Deshalb ist es überhaupt unmöglich, eine bestimmte Vertragsdauer garantieren zu wollen.

b. Von den gesetzlichen Gründen zur fristlosen Kündigung gelten die §§ 542, 553, 554 BGB. 249) Das EVU kann also kündigen, wenn die Gemeinde den vertragsmäßigen Gebrauch nicht gewährt oder wieder entzieht, in der Regel allerdings erst nach erfolgloser Fristsetzung. Die Gemeinde kann kündigen, wenn das EVU von den gemeindlichen Grundstücken trotz Abmahnung einen vertragswidrigen Gebrauch macht oder wenn es mit der Miete für zwei aufeinanderfolgende Termine ganz oder zum Teil in Verzug ist. 250)

Darüberhinaus ist aber, wie erwähnt, die Benutzungsklausel als Dauerschuldverhältnis bei Vorliegen eines wichtigen

248) Vgl. S. 72

249) § 544 BGB, der ein fristloses Kündigungsrecht gewährt, wenn der Gebrauch der Mietsache gesundheitsgefährdend ist, gilt seinem Sinne nach nur für die Wohnungsmiete.

250) Die Literatur nimmt zu dieser Frage nicht Stellung. Soweit sie die Meinung vertritt, § 567 BGB sei wegen des eigengesetzlichen Charakters der Benutzungsklausel nicht anwendbar, muß sie wohl zu dem Ergebnis kommen, daß auch die gesamten gesetzlichen Kündigungsgründe ausscheiden. Dann muß aber wieder § 326 BGB anwendbar sein, wenn auch ohne Rückabwicklung des schon erfüllten Vertragsteiles. Vgl. S. 60. Es ist aber sicher sinnvoller, auf die Benutzungsklausel die Vorschriften der §§ 542, 553, 554 BGB anzuwenden, weil diese der besonderen Interessenlage des Gebrauchsüberlassungsvertrages jedenfalls eher gerecht werden als die allgemeinen Vorschriften der §§ 325, 326 BGB. Auch deshalb ist die Anwendbarkeit der allgemeinen Kündigungsvorschriften des BGB auf die Benutzungsklausel der Gegenmeinung vorzuziehen.

Grundes fristlos kündbar. 251) 252) Ein solcher Grund liegt immer dann vor, wenn einer Partei die Fortsetzung des Vertrages nicht mehr zumutbar ist. Wenn das zutrifft, kann nur für den konkreten Einzelfall entschieden werden.

3. Das Pfandrecht der Gemeinde

Um die Forderungen des Vermieters gegen den Mieter aus dem Mietvertrag zu sichern, räumt § 559 BGB dem Vermieter ein Pfandrecht an den eingebrachten Sachen des Mieters ein, soweit sie pfändbar sind.

Danach ist das Vermieter-Pfandrecht nur an solchen Sachen möglich, die Eigentum des Mieters sind. An ihnen entsteht das Pfandrecht, wenn sie mit Willen des Mieters auf das Mietgrundstück gebracht werden. Ein auf die Entstehung des Pfandrechts gerichteter Wille auch nur einer Partei ist nicht erforderlich.

Als Pfandobjekte der vermietenden Gemeinde können nur die Rohrleitungen und Kabel des EVU in Betracht kommen, die in die gemeindlichen Straßen verlegt worden sind. Sie wurden mit Willen des EVU in das Mietgrundstück eingefügt.

Genauere Erörterungen verlangt die Frage, ob die in die Straßen verlegten Leitungen noch Eigentum des EVU sind. Sie sind es dann nicht, wenn sie mit der Verlegung wesentliche Bestandteile des Straßengrundstückes werden, da sie dann nicht "Gegenstand besonderer Rechte" sein können. 253)

Wesentliche Bestandteile einer Sache sind solche, die voneinander nicht ohne Schädigung getrennt werden können, 254)

251) Vgl. S. 72

252) So E i s e r - R i e d e r e r - S i e d e r : Energiewirtschaftsrecht, S. V 39 a. Die Meinung des Verbandes Kommunalen Unternehmen (VKU) Nachrichtendienst 1951 Folge 27, wonach die Kündbarkeit des Benutzungsrechts überhaupt erst nach 30 Jahren eintrete, ist unhaltbar.

253) § 93 BGB

254) § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB

oder die, wenn ein Grundstück die Hauptsache ist, mit dem Grund und Boden fest verbunden sind. ²⁵⁴⁾

Wann ein derartiger Zusammenhang vorliegt, ist eine technische Frage. Eine feste Verbindung ist dann anzunehmen, wenn die Ausgrabung der Rohre diese oder das Grundstück erheblich beschädigen würden oder nur mit "verhältnismäßig erheblichem" Aufwand an Kosten und Arbeit möglich wäre. ²⁵⁵⁾

Zur Entfernung der Rohrleitungen sind Bagger und Hebevorrichtungen sowie das dazugehörige Bedienungspersonal erforderlich. Es ist also ein großer Aufwand an Kapital und Arbeit nötig. Diese Kosten für die Ausgrabung der Leitungen übersteigen deren Wert, wenn man die Abschreibungen in Rechnung stellt, die für die Zeit der Leitungsnutzung angefallen sind.

Danach ist das Erfordernis für die Annahme einer engen Verbindung zwischen Grundstück und Leitung in seiner zweiten Alternative erfüllt. Die Versorgungsleitungen sind gemäß § 94 BGB wesentliche Bestandteile des Straßengrundes. ²⁵⁶⁾

Der von den §§ 93, 94 BGB geprägte Begriff des wesentlichen Bestandteiles wird aber durch § 96 BGB wieder eingeschränkt. Dieser Bestimmung zufolge sind die in die Straßen verlegten Versorgungsleitungen, obwohl sie unter § 94 BGB fallen, dann keine wesentlichen Bestandteile, wenn sie "nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind." ²⁵⁷⁾

254) § 94 Abs. 1 Satz 1 BGB

255) H. C o i n g bei S t a u d i n g e r : BGB Allgemeiner Teil, § 94 Rd. Nr. 3

256) RGZ Bd. 87 S. 41 vom 2.6.1915, BGHZ vom 11.7.1962 NJW 1962, S. 1817 f; Kregel im RGR-Kommentar: BGB Allgemeiner Teil I. Bd. 1. Teil, vor §§ 93 - 95 Vorbem. 10

257) Die zweite Alternative des § 95 Abs. 1 BGB, wonach solche Sachen keine wesentlichen Bestandteile sind, die in Ausübung eines Rechts an einem Grundstück in dieses eingefügt werden, ist nicht erfüllt, weil das EVU kein dingliches Recht an der Straße hat, sondern nur ein schuldrechtliches. Dieses ist aber, wie sich schon aus dem Wortlaut ergibt, kein Recht am Grundstück.

Das ist der Fall, wenn das EVU bei der Verlegung der Leitungen nicht an die unbegrenzte Beibehaltung dieses Zustandes dachte, so wenn die Entfernung der ganzen Anlage und Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes von Anfang an beabsichtigt war.

Demnach ist die Verbindung nicht schon dann zu einem vorübergehenden Zweck erfolgt, wenn bei der Verlegung mit dem Ausbau einzelner Rohrstücke zum Zwecke der Erneuerung oder Reparatur gerechnet wurde, auch wenn nach und nach das ganze alte Rohrnetz entfernt und durch ein neues ersetzt würde. Durch die Entfernung der Leitung Stück für Stück wird nicht der Zustand hergestellt, wie er vor Verlegung der Leitung bestand. Vielmehr wird der Zustand, wie er durch die Verlegung geschaffen wurde, nur manifestiert. ²⁵⁸⁾

Bei der Leitungsverlegung war dem EVU zwar bekannt, daß sein Nutzungsrecht auf 30 Jahre begrenzt ist. Das verlegende Unternehmen war sich aber auch klar darüber, daß die Leitungen bei Vertragsablauf nicht entfernt, sondern weiter benutzt würden, weil die Gemeinde dann das EVU übernimmt. ²⁵⁹⁾

Das EVU nahm also bei Eingehung des Vertrages nicht an, das es mit dessen Beendigung die Leitungen aus dem Boden nehmen müsse. Es ging von der Beibehaltung des durch die Verlegung geschaffenen Zustandes aus. Die Ausnahme des § 95 Abs. 1 BGB trifft nicht zu. Die Rohrleitungen sind Eigentum der Grundstückseigentümer. Ein Vermieterpfandrecht ist damit nicht entstanden. ²⁶⁰⁾

258) Die gegenteilige Auffassung von S c h r ö e r in seinem Artikel: Versorgungsleitungen in Ortsdurchfahrten nach erfolgter Umstufung, NJW 1964, S. 186, ist deshalb unzutreffend.

259) Vgl. S. 34

260) BGHZ vom 11.7.1962, NJW 1962 S. 1817, 1818; BGHZ Bd. 8 S. 1, 6 vom 31.10.1962 über die Bestandteilseigenschaft von Behelfsheimen: "in das Eigentum des Vermieters (fallen) solche vom Mieter errichteten Gebäude, ... deren entgeltliche oder unentgeltliche Überlassung an den Grundstückseigentümer vereinbart war." H. C o i n g bei S t a u d i n g e r : BGB I. Bd. Allgemeiner Teil, § 95 Rd.Nr. 7a; B. D a n c k e l m a n n bei P a - l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 95 Anm. 2a; H. L a n g e : BGB Allgemeiner Teil, S. 211

Dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zu der allgemeinen Meinung, nach der "Fernleitungen öffentlicher Versorgungsunternehmen, auch soweit sie über oder durch fremde Grundstücke führen und mit ihnen fest verbunden sind, keineswegs gemäß § 94 BGB dem jeweiligen Eigentümer dieser Grundstücke gehören." ²⁶¹⁾ Denn diese Feststellung wurde nur für jene EVU getroffen, die nicht nach Ablauf des Benutzungsvertrages von der Gemeinde übernommen werden. ²⁶²⁾ An dem Bestehen der Übernahme Klausel scheitert aber gerade die Anwendung des § 95 BGB.

Ein Vermieterpfandrecht ist mangels Eigentum des EVU nicht entstanden. Die Prüfung der Pfändbarkeit der Versorgungsleitungen ist nicht mehr erforderlich. ²⁶³⁾

Aus der Feststellung, daß die Versorgungsleitungen wesentliche Bestandteile der Grundstücke sind, in die sie verlegt wurden, ergibt sich, daß sie nicht mehr wesentliche Bestandteile des Grundstücks sein können, auf dem das EVU steht. Die Leitungen können aber auch nicht mehr Zubehör ²⁶⁴⁾

261) BGHZ vom 11.7.1962, NJW 1962 S. 1817

262) RGZ Bd. 83 S. 67, 70 vom 8.7.1913; RGZ Bd. 87 S. 43, 51 vom 2.6.1915: "Sachen, die der Mieter eines Grundstückes mit dem Grund und Boden in der Absicht verbindet, daß die Verbindung nur für die Dauer des Mietverhältnisses bestehen soll, sind als nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden anzusehen Hieraus folgt, daß Fernleitungen, soweit sie ... mit fremden Grundstücken verbunden sind, nicht Bestandteile dieser Grundstücke sind.

263) Sie wäre zu bejahen. Die Unpfändbarkeit könnte sich nur aus § 811 der Zivilprozeßordnung (ZPO) vom 30.1.1877 RGBl. S. 83 ergeben: Durch die Vorschriften der §§ 812, 865 ZPO ist das Vermieterpfandrecht nicht eingeschränkt. (Vgl. H. G r a m m bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 559 Anm. 5). § 811 Ziff. 5 ZPO trifft nicht zu, weil das EVU durch eine kapitalistische Arbeitsweise gekennzeichnet ist, Ziff. 5 aber nur das arbeitsintensive Unternehmen schützt. (B a u m b a c h - L a u t e r b a c h : Zivilprozeßordnung, § 811 Anm. 8 A)

264) §§ 97, 98 BGB

des EVU sein. Zubehör können nämlich nur selbständige Sachen sein, die die Versorgungsleitungen wegen ihrer Bestandteileigenschaft nicht sind.²⁶⁵⁾ Damit haften die Energiestraßen auch nicht für eine Hypothek, die auf dem Grundstück lastet, auf dem das EVU errichtet ist.²⁶⁶⁾

4. Der Wechsel des Eigentums am Straßengrundstück

Zur Entscheidung steht die Frage, welchen Einfluß der Eigentumswechsel an einer Straße auf das Benutzungsrecht des EVU hat.

a. Das Wegeeigentum einer Gemeinde an der Straße wird aufgehoben, wenn die betreffende Straße umgestuft wird.

Eine Umstufung ist vorzunehmen, wenn sich die Verkehrsbedeutung der Straße geändert hat: Ist sie gestiegen, wird der Weg aufgestuft, andernfalls abgestuft.²⁶⁷⁾ Dient z.B. eine Straße nicht mehr nur dem Verkehr innerhalb einer Gemeinde oder zwischen benachbarten Gemeinden, sondern dem überörtlichen Verkehr innerhalb des Kreises,²⁶⁸⁾ dem die Gemeinden angehören, so wird die Gemeindestraße zur Kreisstraße aufgestuft.

Mit der Rechtswirksamkeit des Umstufungsaktes geht das Eigentum der Gemeinde am Straßengrundstück ipso iure auf den Kreis über.²⁶⁹⁾ Eine Einigung der Gebietskörperschaften ist nicht erforderlich.

Nach dem Grundsatz, daß obligatorische Rechte immer nur zwischen den Vertragsparteien gelten, könnte der Kreis dem EVU eine Weiternutzung der umgestuften Straße gem. § 1004 BGB untersagen.

265) § 97 Abs. 1 Satz 1 BGB; RGZ Bd. 87 S. 43, 50 vom 2.6.1915

266) § 1120 BGB

267) Art. 7 Abs. 1 BayStrWG

268) Art. 3 Abs. 1 Ziff. 3, 2 BayStrWG

269) Art. 11 Abs. 4, 1 BayStrWG

Da aber die Benutzungsklausel zwischen Gemeinde und EVU als Mietvertrag qualifiziert wurde, kann sich der Mieter gegenüber dem Erwerber grundsätzlich auf § 571 BGB berufen. Danach tritt der Eigentumserwerber in den Mietvertrag ein, wenn das Grundstück von dem Vermieter an einen Dritten veräußert wird, und der Mieter von dem Grundstück schon Besitz ergriffen hat.

Da Ausgangspunkt eine vollzogene Benutzungsklausel ist, ist die zweite Voraussetzung der Anwendung von § 571 BGB erfüllt.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob in dem Eigentumserwerb kraft Gesetzes eine Veräußerung gesehen werden kann.

Die Veräußerung ist ein freiwilliges Rechtsgeschäft, auf Grund dessen das Eigentum vom Vermieter auf den Erwerber übergeht. 270)

Unter diese Definition läßt sich der durch die Umstufung automatisch bewirkte Eigentumswechsel nicht einordnen, denn dieser Eigentumsübergang wird nicht durch freiwillige Entscheidungen der Gemeinde und des Kreises bewirkt.

§ 571 BGB ist aber gleichwohl analog anwendbar. Die Heranziehung des bürgerlichen Rechts muß erfolgen, weil der Landesgesetzgeber im BayStrWG die Folgen der Eigentumsänderung hinsichtlich obligatorischer Rechte nicht regeln konnte. Dazu wäre ein Eingriff in das schon abschließend normierte BGB erforderlich gewesen. Dieser wird dem Landesgesetzgeber vom Verfassungsrecht verwehrt. 271)

§ 571 BGB ist eine Durchbrechung des Grundsatzes, daß obligatorische Ansprüche nur zwischen den Parteien gelten.

270) F. K i e f e r s a u e r bei S t a u d i n g e r : II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil 11. Auflage Berlin 1955, § 571 Rd.Nr. 10 ff

271) Vgl. Art. 74 GG i.V.m. Art. 3 Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18.8.1896 RGBl. S. 604 (EGBGB)

Die Bestimmung hat damit Ausnahmecharakter und ist als solche nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen nur restriktiv anwendbar.

Das spricht aber nicht gegen die Anwendung des § 571 BGB auf den Eigentumswechsel durch Umstufung. Dieser Eigentumswechsel ist nämlich mit einer Veräußerung vergleichbar. Die Ähnlichkeit der beiden Akte liegt darin, daß beiden eine freiwillige Vereinbarung zugrunde liegt.

Die Umstufung setzt im Normalfall ebenso eine Einigung der beteiligten Baulastträger voraus, wie die Veräußerung eine obligatorische Einigung.²⁷²⁾ Damit beruht der Eigentumswechsel bei der Umstufung mittelbar auf einer freiwilligen Einigung der Beteiligten. Das spricht für die analoge Anwendung von § 571 BGB.

Mit dieser Argumentation soll nicht verkannt werden, daß § 571 BGB auf die dingliche Rechtsänderung abstellt. Diese erfolgt bei der Umstufung durch eine einseitige Verfügung, die nicht unter den Begriff der Veräußerung fällt. Die Rechtsprechung hat aber die Veräußerung im Sinne des § 571 BGB nicht so eng gefaßt, wie er von der Dogmatik umrissen wird. So wird § 571 BGB angewendet für den Fall, daß ein Nießbraucher oder Vorerbe ein Grundstück über die Dauer seines Rechts hinaus vermietet.²⁷³⁾

Die h.L. erblickt eine Veräußerung auch in der Aneignung eines derelinguirten Grundstückes durch den Fiskus.²⁷⁴⁾ Diese Eigentumsänderung vom herrenlosen Grundstück zum staatlichen erfolgt gem. § 928 Abs. 2 BGB durch einseitige Erklärung, also durch einen einseitigen Akt wie der Eigentumswechsel bei der Umstufung. Wenn die Aneignung nach § 928 Abs. 2 BGB als Veräußerung angesehen wird, so muß

272) Art. 7 Abs. 2 BayStrWG

273) Pritsch im RGR-Kommentar BGB II. Band Schuldrecht 1. Teil, 11. Auflage Berlin 1959, § 571 Anm. 2

274) W n n e c c e r u s - L e h m a n n : Recht der Schuldverhältnisse, S. 539 Anm. 3

das auch für die Umstufungsverfügung gelten mit der Folge, daß § 571 BGB auf den Eigentumswechsel durch Umstufung anwendbar ist. ²⁷⁵⁾

Gegen diese Gleichstellung vom § 928 BGB und der Umstufungsverfügung kann nicht vorgebracht werden, Verzicht und Aneignung seien nur zwei einseitige Akte, deren Verbindung ein zweiseitiges Rechtsgeschäft ergäbe, das einer Veräußerung näher käme als die Umstufungsverfügung.

Bei wirtschaftlicher Betrachtung ist zwar die Dereliktion und die Aneignung einer Veräußerung gleichzustellen. Das Grundbuchamt als Erklärungsempfänger ist so gesehen nur eine Durchgangsstation. Dogmatisch läßt sich aber die Stellung des Grundbuchamtes nicht derartig in den Hintergrund drängen. Dereliktion und Aneignung sind Willenserklärungen zwischen verschiedenen Personen, die sich nicht zu einer Einheit verbinden lassen. Die Gleichstellung der Aneignung mit der Umstufung ist deshalb dogmatisch gerechtfertigt.

Die Folge davon ist, daß der Erwerber an die Stelle des Vermieters im Mietvertrag tritt. Auf ihn gehen alle Rechte und Pflichten über, die unmittelbar im Mietvertrag begründet sind und nicht nur in einem, wenn auch engen, wirtschaftlichen Zusammenhang mit ihm stehen. ²⁷⁶⁾ Der Erwerber hat also vom Eigentumswechsel an Anspruch auf die Mietzahlungen, auf ihn gehen die Kündigungsrechte über. Das EVU hat gegen den Erwerber Anspruch auf Weiterbenutzung des Straßenkörpers für den Rest der Mietzeit. Während der Geltungsdauer des Benutzungsvertrages kann der Erwerber auch keinem neuen EVU wirksam ein Nutzungsrecht an der umgestuften Straße einräumen. In diesem Fall könnte nämlich das erste EVU gegen den Erwerber wegen Verletzung des Mietvertrages vorgehen. ²⁷⁷⁾

275) Ebenso H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 124; E i s e r - R i e d e r e r - S i e d e r : Energiewirtschaftsrecht, S. V 42 b

276) H. G r a m m bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 571 Anm. 4

277) Vgl. S. 73

Gegenüber einem zweiten EVU könnte das erstberechtigte aus seinem Besitzrecht klagen. 278) Das durch den Besitz verdinglichte Benutzungsrecht des EVU wird durch den Eigentümerwechsel nicht berührt. Das erste EVU behält also sein ausschließliches Benutzungsrecht. 279)

In Anbetracht dieser Folgerungen ergibt sich ein weiterer rechtspolitischer Grund für die Anwendung von § 571 BGB auf Umstufungsverfügungen. Wollte man nämlich diese Bestimmung nicht heranziehen, so könnte die Gemeinde dem EVU die Absatzwege zerstören, indem sie wichtige Straßen umstufen ließe. Die Gemeinde wäre in der Lage, die Auflösung der Benutzungsklausel herbeizuführen, ohne kündigen zu müssen. Einer derartigen Machtstellung der Gemeinde kann das EVU aber nicht ausgeliefert werden.

b. Die zweite Möglichkeit, die den Übergang des Straßeneigentums von einer Gemeinde auf eine andere bewirkt, ist die Eingemeindung. Zwar garantieren die BV und die GO jeder Gemeinde ihren Bestand. 280) Als Ausnahmen hiervon sind aber Änderungen der Gemeindegebiete aus Gründen des öffentlichen Wohls möglich.

Wird die Gemeinde A. von der Gemeinde B. eingemeindet, so hört sie auf zu existieren, ihre Rechtspersönlichkeit ist erloschen.

Die Rechtsbeziehungen, die die Gemeinde A. mit der Außen-

278) S. 74 ff

279) A.A. sind ohne eigene Begründung unter Berufung auf RGZ Bd. 91 S. 170 vom 9.11.1917 H e n k e - M ü l - l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 123: "Der Konzessionär kann ... zwar die Wege weiter benutzen, sein Ausschließlichkeitsrecht aber geht unter ...". Auf die genannte Entscheidung kann sich diese Auffassung aber nicht stützen, da ihr ein noch nicht vollzogener Benutzungsvertrag zugrunde lag. Vgl. Anm. 210

280) Art. 11 Abs. 1 BV, Art. 10 Abs. 2 GO.

welt verbanden, können aber deshalb nicht untergegangen sein. Sie bleiben vielmehr bestehen. So lange sie vorhanden sind, bedürfen sie eines Anknüpfungspunktes.²⁸¹⁾ Um diesen zu schaffen, lassen sich zwei Möglichkeiten denken: Entweder die Stellung des untergegangenen Rechtssubjektes wird von einem anderen Rechtssubjekt übernommen - sogenannte Gesamtrechtsnachfolge - oder die Rechtsperson bleibt so lange bestehen, bis ihre Umweltbeziehungen abgewickelt sind. Eine vorherige Liquidation ist materiall-rechtlich ohne Bedeutung.²⁸¹⁾

Bei der Eingemeindung gilt das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge.²⁸²⁾ Die übernehmende Gemeinde tritt ebenso in die Rechtsstellung der übernommenen Gemeinde ein wie der Erbe in die des Erblassers.

Mit der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes, der die Eingemeindung verfügt, ist damit die Gemeinde B. Eigentümerin der Straßen in jenem Gebiet, das früher das Hoheitsgebiet der Gemeinde A. war.

Gleichzeitig gehen aber auch die Rechte und Pflichten der Gemeinde A. aus der Benutzungsklausel auf die Gemeinde B. über: Die Gemeinde B. hat Anspruch auf den Mietzins. Das EVU hat Anspruch auf Weiterbenutzung der öffentlichen Verkehrsflächen.

281) Die Folge davon ist, daß eine juristische Person erst dann "vollbeendet" ist, wenn ihre Rechtsbeziehungen zur Außenwelt während eines Liquidationsstadiums abgewickelt und erloschen sind. Wurde dabei auch nur ein Vertrag oder sonstiges Vermögensobjekt vergessen, so besteht die juristische Person insofern weiter. Als Auswirkung dieses Grundsatzes bestimmt § 2 des Gesetzes über die Auflösung und Löschung von Gesellschaften und Genossenschaften vom 9.10.1934 RGBI. I S. 914, daß vermögenslose Gesellschaften ohne Liquidation aufgelöst werden können, eine Liquidation aber erforderlich sei, wenn sich "nach der Löschung das Vorhandensein von Vermögen herausstellt."

282) H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 125

Allerdings erstreckt sich das Gebrauchsrecht nur auf die Straßen, die im ehemaligen Hoheitsgebiet der übernommenen Gemeinde liegen. Durch die Eingemeindung hat das EVU nicht das Recht erlangt, in alle Straßen der übernehmenden Gemeinde seine Leitungen zu verlegen. Durch den Zusammenschluß der Gemeinden kann das EVU nicht besser gestellt werden als ohne ihn. Die übernehmende Gemeinde B. ist nur in die ursprünglich mit der Gemeinde A. abgeschlossene Benutzungsklausel eingetreten. Diese aber berechtigt das EVU nur zur Benutzung des ehemaligen Gemeindegebietes A.

Die Mietzahlungen des EVU repräsentieren auch nur den Wert, den das EVU durch die Benutzung der Wege im Gebiet der ehemaligen Gemeinde A. erlangt hat. Könnte das EVU jetzt die Straßen im gesamten neu festgelegten Gemeindegebiet B. benutzen, so erhielte es für dieselbe Leistung einen höheren Gegenwert. Dadurch wäre das Gleichgewicht und damit die Gegenseitigkeit der Leistungen beeinträchtigt. Das Versorgungsgebiet eines EVU ändert sich deshalb durch die Eingemeindung nicht. 283)

283) Henke - Müller - Rumpf : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 125

2. Abschnitt: Die Übernahme Klausel

Die Gemeinde erhält das Recht, das EVU mit sämtlichen Anlagen bei Vertragsablauf zu übernehmen. 284)

A. Charakter und Wirksamkeit des Schuldverhältnisses

Mit dieser Vereinbarung soll der Gemeinde die Möglichkeit verschafft werden, einmal selbst die Versorgung ihres Hoheitsgebietes mit Energie zu übernehmen und damit die ihr durch die BV zugedachten Aufgaben zu erfüllen. 285)

Die Klausel enthält als Hauptleistung nur die Verpflichtung des EVU zur Vermögensübertragung. Sie ist zwar mit dem Vertragsabschluß endgültig entstanden. Allerdings wird der Anspruch der Gemeinde auf Übernahme erst nach Ablauf des Benutzungsvertrages fällig. Bis dahin ist seine Durchsetzung hinausgeschoben. Es handelt sich um eine betagte

284) Derartige Verpflichtungen ohne direkte Gegenleistungen der Gemeinde konnten ab 1.4.1941 nicht mehr begründet werden. Zu diesem Zeitpunkt schon bestehende Heimfallrechte der Gemeinde sind auf Rentenbasis abzugelten. (§ 6 KAE, § 13 A/KAE, Nr. 60 D/KAE). Wenn diesem Abschnitt trotzdem ein einseitig verpflichtendes Heimfallrecht zugrundegelegt wird, so deshalb, weil diese Bestimmungen lediglich "bei der preisrechtlichen Regelung der Benutzungsentgelte eine gewisse Rolle spielen" (R. D i d d e n : Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, S. 70 Anm. 166) und für die Erörterung der hier aufgeworfenen privatrechtlichen Probleme ohne Bedeutung sind: So ist es für die Anwendung des § 310 BGB gleichgültig, ob es sich um eine einseitige oder gegenseitige Verpflichtung handelt. Für beide Vertragstypen gelten auch die §§ 440 ff und 459 ff BGB, für die entgeltliche Verpflichtung direkt, für die einseitige über §§ 445, 493 BGB. Sind aber beide Varianten des Übernahmerechts gleich wirklichkeitsnah, weil sie zum gleichen Ergebnis führen, so ist jene zu behandeln, die dem Rahmen der Arbeit besser entspricht. Da die Erörterung von Preisvorschriften nicht zum Thema gehört, wird das unentgeltliche Übernahmerecht zugrundegelegt.

285) Vgl. Art. 83 Abs. 1 BV

Verbindlichkeit des EVU. 286)

Ihr steht eine Gegenleistung synallagmatischer Natur nicht gegenüber. Die Übernahme Klausel ist deshalb kein gegenseitiger Vertrag. 287)

Damit ist aber noch nicht bestimmt, daß es sich um einen nur einseitig verpflichtenden Vertrag handelt: ein derartiger Vertrag läge nämlich nur vor, wenn - abgesehen von den allgemeinen Nebenpflichten des § 242 BGB - lediglich Verpflichtungen einer Partei erzeugt würden. 288)

Der Prototyp des einseitigen Vertrages ist das Schenkungsversprechen. Dieses liegt nur vor, wenn das Leistungsversprechen von keinerlei Gegenleistung abhängig, also unentgeltlich ist. 289) Damit können für die Charakterisierung des Übernahmerechts die Merkmale herangezogen werden, mit denen die Rechtsprechung den Begriff der Unentgeltlichkeit kennzeichnet. Demgemäß ist festzustellen:

Entgeltlich ist ein Rechtsgeschäft nicht nur dann, wenn es die Leistung von einer Gegenleistung abhängig macht, sondern auch, wenn die Leistung mit einer Gegenleistung im rechtlichen Zusammenhang steht. 290) Dazu genügt es, wenn das Heimfallrecht ohne ein Vermögensopfer irgendwelcher Art seitens der Gemeinde nicht denkbar wäre, wenn al-

286) Der Anspruch kann auch schon vor Fälligkeit unter den Voraussetzungen der §§ 257 - 259 ZPO geltend gemacht werden. Wird aber nicht auf künftige Leistung geklagt, ist die Klage als zur Zeit unbegründet abzuweisen. W. St u m p f : Fragen des Übernahmerechts in Gebietsversorgungsverträgen. Zeitschrift: Elektrizitätswirtschaft 1960 S. 279, nimmt eine "Potestativbedingung" an. Der Verfasser kommt zu diesem Ergebnis aber nur, weil er seiner Erörterung einen anderen Benutzungsvertrag zugrundelegt.

287) Vgl. S. 62, 63

288) B. D a n c k e l m a n n bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, Einführung vor § 321 Anm. 1a

289) § 516 Abs. 1 BGB

290) E n n e c c e r u s - L e h m a n n : Recht der Schuldverhältnisse, S. 489

so eine "Gegenleistung Bedingung der Leistung ist." 291)

Eine derartige Verpflichtung der Gemeinde liegt aber in ihrem Versprechen, ihre Grundstücke zur Leitungsverlegung zur Verfügung zu stellen. Gegenleistung für die Überlassung der Grundstücke ist zwar in erster Linie der Mietzins, daneben aber auch dieses Übergabeversprechen.

Übernahmerecht der Gemeinde und ihre Pflicht zur Gebrauchsüberlassung der Grundstücke stehen im rechtlichen Zusammenhang. Damit entfällt objektiv 292) eine Unentgeltlichkeit des Übernahmerechts.

Für den Vertragscharakter der Übernahmevereinbarung folgt daraus, daß sie kein einseitiges, sondern ein unvollkommen zweiseitiges Schuldverhältnis begründet. Sie bedarf deshalb auch nicht der Form, die ein Schenkungsversprechen erfordert. 293)

In der Literatur wird dementsprechend die Übernahmevereinbarung auch nicht als Schenkung aufgefaßt. Die notarielle Beurkundung dieser Klausel wird nicht in Hinblick auf § 518 Abs. 1 BGB gefordert, sondern unter Hinweis auf § 311 BGB, weil das Übernahmerecht die Verpflichtung zur Übertragung des Vermögens des EVU beinhaltet.

Diese Einwände sind aber von keiner allzugroßen Bedeutung, weil sie die Wirksamkeit des Heimfallrechts nicht berühren, soweit die Form der notariellen Beurkundung beachtet wird.

Von weiterreichender Bedeutung und deshalb vorweg zu prüfen ist die Ansicht, das Heimfallrecht sei nichtig, da sei-

291) H. G r a m m bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 516 Anm. 4 a

292) Darüberhinaus fehlt für die Schenkung der nach § 516 Abs. 1 BGB erforderliche Wille der Parteien zur unentgeltlichen Vermögenszuwendung. Es wäre lebensfremd, würde dem EVU, einem kaufmännischen Unternehmen, ein derart einschneidendes Schenkungsversprechen unterstellt.

293) § 518 Abs. 1 BGB

ne Vereinbarung gegen § 310 BGB verstoße. 294)

Die Vereinbarung des Übernahmerechts fällt unter diese Bestimmung: 295) Die Anwendung des § 310 BGB ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil das EVU nur einen Teil des Gesamtvermögens des Unternehmers darstellte, das einem bestimmten wirtschaftlichen Zweck gewidmet wäre (Sondervermögen). Es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Unternehmer außer dem EVU keine weiteren Vermögenswerte besitzt. 296)

Der Unternehmer verspricht auch nicht die Übertragung seines gegenwärtigen Vermögens; denn es soll nach 30 Jahren nicht das EVU in der Form übergeben werden, die es bei seiner Einrichtung hatte. Vielmehr ist Vertragsgegenstand das EVU, wie es sich nach 30jähriger Tätigkeit zeigt, also mit allen Neuerungen, Neuerwerbungen, Erweiterungen und Verlusten. Damit ist Objekt der Vereinbarung das zukünftige Vermögen des Unternehmers.

Die Anwendung von § 310 BGB ist auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Verpflichtung von einer AG, einer juristischen Person, übernommen worden ist; denn § 310 BGB gilt für alle Rechtssubjekte. 297)

294) E. B e r t r a m : Die Natur des Erwerbsrechts der öffentlichen Körperschaft gegenüber dem beliebigen Unternehmen. Verwaltungsarchiv 1933 Bd. 38, S. 384: Bei der Begründung des Erwerbsrechts "handelt es sich ... um einen Vertrag, der jedenfalls nicht allein das gegenwärtige, sondern noch mehr das zukünftige Vermögen zum Gegenstand hat. Hätte er selbst wegen des gegenwärtigen Vermögens die ... Form des § 311, würde doch hinsichtlich des künftigen Vermögens die Nichtigkeit aus § 310 BGB durch keine Dialektik zu beseitigen sein."

295) Diese Feststellung ist kaum umstritten. E n n e c c e r u s - L e h m a n n : Recht der Schuldverhältnisse, S. 137; a.A. für das Aktienrecht vor 1937 nur G a d d o w - H e i n i c h e n : Aktiengesetz 2. Bd., 2. Auflage Berlin 1965, § 235 Anm. 1

296) So für den hier zugrundegelegten Benutzungsvertrag auch W. S t u m p f : Fragen des Übernahmerechts in Gebietsversorgungsverträgen, S. 278. "Diese Situation (der Übernahme des gesamten Vermögens) konnte nur eintreten, wenn das EVU eine einzige Gemeinde versorgt, der ... das Erwerbsrecht zusteht."

297) Wilde im RGR-Kommentar: Recht der Schuldverhältnisse I. Bd. 2. Teil, 11. Auflage Berlin 1960, § 310 Anm. 1

Damit kann eine Übernahmevereinbarung in einem formlosen Benutzungsvertrag nicht wirksam geschlossen werden.

§ 310 BGB läßt sich aber umgehen, wenn das EVU in Form einer AG oder KGaA gegründet wurde. Das wird häufig der Fall sein, da diese Rechtsform für die Aufbringung der notwendigen großen Kapitalmenge am besten geeignet ist. Eine AG oder eine KGaA kann nämlich ihr Vermögen ohne Abwicklung auf eine Gemeinde übertragen.²⁹⁸⁾ Erforderlich ist dafür ein Übernahmevertrag, der zwischen der Gemeinde und der AG geschlossen wird. Diesem Vertrag muß die Hauptversammlung (HV) der AG mit 3/4 Mehrheit des vertretenen Kapitals zustimmen.²⁹⁹⁾ Er bedarf der notariellen Beurkundung und ist nach 10 Jahren von beiden Teilen mit einjähriger Frist zum Ende des Geschäftsjahres kündbar.³⁰⁰⁾

§ 310 BGB gilt für diesen Übernahmevertrag nicht.³⁰¹⁾

298) § 359 Abs. 1 Aktiengesetz vom 6.9.1965 BGBI. I S. 1089 (AktG nF) ebenso § 253 Abs. 1 Aktiengesetz vom 30.1.37, RGBl. I S. 167 (AktG aF)

299) § 369 Abs. 2 AktG nF i.V.m. § 340 Abs. 1, 2 AktG nF. Damit ist gleichzeitig die durch den Übernahmevertrag erforderliche Satzungsänderung beschlossen. Zur Satzungsänderung ist dieselbe Mehrheit erforderlich. § 179 Abs. 1 und 2 AktG nF.

300) § 359 Abs. 2 AktG nF i.V.m. § 341 Abs. 1, 2 AktG nF.

301) § 359 Abs. 2 AktG nF i.V.m. § 341 Abs. 1 Satz 2 AktG nF. Daraus folgt, daß der Übernahmevertrag wenigstens auch schuldrechtlicher Natur ist. Enthielte er nur die dingliche Einigung gem. § 929 BGB, so hätte § 310 BGB nicht ausgeschlossen zu werden brauchen, da er nur für Verpflichtungen gilt. Ob er daneben noch eine dingliche Einigung enthält, oder die Rechtsänderung allein durch die Eintragung vollzogen wird, ist hier nicht zu entscheiden.

Auf diese Möglichkeit, § 310 BGB zu umgehen, verweist auch W. S t u m p f : Fragen des Übernahmerechts in Gebietsversorgungsverträgen, S. 278. Daneben meint der Autor, daß § 310 durch die Übertragung einzelner Vermögensteile und besondere Abreden umgangen werden kann. Von der Richtigkeit seiner Behauptung, das Übernahmerecht verstoße nicht gegen Sinn und Zweck von § 310, wie er sich aus den Motiven zu dieser Vorschrift ergebe (Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich Bd. 2 Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1896, S. 176 ff), scheint der Verfasser selbst nicht ganz überzeugt. In der Tat

Die durch den Übergabevertrag bezweckte Rechtsänderung erfolgt mit der Eintragung des Vertrages in das Handelsregister. 302)

Zur Begründung des Heimfallrechts muß also ein Vertrag in der Form einer aktienrechtlichen Vermögensübertragung geschlossen werden. Damit bedarf der Übernahmevertrag der notariellen Beurkundung. Wegen dieser Sonderregelung ist § 311 BGB nicht mehr anwendbar.

Fehlt die außerdem erforderliche Zustimmung der HV, so ist der Vertrag nicht nichtig, sondern nur schwebend unwirksam. 303) Die Zustimmung kann bis zur Eintragung der Vermögensübernahme nachgeholt werden. Eine gesonderte Zustimmung der HV wird aber in den meisten Fällen nicht erforderlich sein, weil das Übernahmerecht in der Regel schon bei Begründung der AG vereinbart werden und die Satzung deshalb schon eine Zustimmung zur Übernahme enthalten wird.

Eine derartige Ausgestaltung der Satzung ist deshalb anzunehmen, weil sich das EVU schon bei seiner Gründung eine gemeindliche Erlaubnis zur Wegebenutzung sichern muß. Andernfalls wäre der Absatz des EVU und damit seine Betriebsfähigkeit in Frage gestellt. Die Gemeinde wird die Genehmigung nur erteilen, wenn das Übernahmerecht wirksam, d.h. in

Forts. v. Fußnote 301)

geben die Motive (a.a.O.) in dieser Hinsicht zu keinerlei Zweifel Anlaß; denn sie erklären: "Das Verbot des § 350 (§ 310 BGB) Abs. 1 bezieht sich auf jeden Vertrag, welcher die Übernahme der Verpflichtung zur Übertragung des ganzen künftigen Vermögens ... zum Gegenstand hat ... Die Vorschrift trifft insbesondere auch den Gesellschaftsvertrag." Außerdem steht dieser Ansicht der klare Wortlaut von § 310 BGB entgegen, wie Stumpf selbst zugibt (W. S t u m p f : Fragen des Übernahmerechts in Gebietsversorgungsverträgen, S. 277).

302) § 359 Abs. 2, § 346 Abs. 3 Satz 1 AktG nF.

303) § 359 Abs. 2 AktG, § 340 Abs. 1 AktG nF, § 177 Abs. 1 BGB; A. u e c k : Gesellschaftsrecht, S. 219.

der Satzung festgelegt wird. Aus denselben Gründen kann die Gemeinde das EVU zur Rechtsform der AG oder KGaA zwingen. Bei einer anderen Rechtsform, - jetzt auch nicht mehr bei einer GmbH ³⁰⁴⁾ - läßt sich die Verpflichtung zur Übertragung des zukünftigen Vermögens nicht begründen.

Die Form der notariellen Beurkundung und die Notwendigkeit der Zustimmung der HV gelten nur für die Übernahmeverpflichtung, nicht für die übrigen Klauseln des Benutzungsvertrages. Ist der Benutzungsvertrag von der Satzung der AG, die die Heimfallklausel enthält, getrennt, so bedarf der Benutzungsvertrag nicht der Form des Übertragungsvertrages. Ein nur im Benutzungsvertrag enthaltenes Heimfallrecht ist unwirksam. Wahrscheinlicher ist aber, daß der Benutzungsvertrag als Betriebsgrundlage in die Satzung der AG aufgenommen ist. Er bedarf dann der notariellen Beurkundung gem. § 23 Abs. 1 S. 1 AktG, nicht aber der Zustimmung, die nur für den Übernahmevertrag nötig ist.

§ 310 BGB steht also der Übernahmeklausel nicht entgegen, wenn das EVU in der Form einer AG oder KGaA gegründet wird und die Übertragungsverpflichtung in der Satzung verankert ist. ³⁰⁵⁾

304) Bis zur Änderung des Einführungsgesetzes zum AktG vom 6.9.1965 BGBl. S. 1185, konnte eine GmbH ihr Vermögen auf einen Gesellschafter übertragen (§ 1 des Gesetzes über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlicher Gewerkschaften (UmwG) vom 12.11.1956 BGBl. I S. 844). Wenn also die Gemeinde Gesellschafterin der GmbH war und wenigstens 9/10 des Kapitals besaß, konnte sie durch einen Beschluß das Vermögen der GmbH auf sich übertragen (§ 24 Abs. 1, § 15 Abs. 1, § 9 Abs. 1 UmwG aF). Die Neufassung des UmwG verbietet aber jetzt die Übertragung des Gesellschaftsvermögens auf eine juristische Person als Gesellschafter, es sei denn, es handle sich um eine AG oder KGaA (§ 1 Abs. 2 UmwG nF).

305) So im Ergebnis auch W. S t u m p f : Fragen des Übernahmerechts in Gebietsversorgungsverträgen. S. 276; im Anschluß hieran E i s e r - R i e d e r e r - S i e d e r : Energiewirtschaftsrecht, S. V 38a.

B. Der Vertragstyp

Mit der Feststellung, daß das Übernahmerecht wirksam nur als aktienrechtlicher Übertragungsvertrag begründet werden kann, ist über den Typus der Übernahme Klausel noch nichts gesagt. Dies ergibt sich erst aus der Einordnung des Vertrages in den besonderen Teil des Schuldrechts.

Unter den Begriff der Schenkung läßt sich der Übergabevertrag, wie festgestellt, nicht subsumieren. Er ähnelt vielmehr dem Kaufvertrag. Zwar fällt die Übergabeklausel mangels einer Gegenleistung der Gemeinde als zweiter Hauptpflicht nicht direkt unter § 433 BGB.³⁰⁶⁾ Es handelt sich aber um einen kaufähnlichen Vertrag, für den die §§ 445, 493 BGB die wichtigsten Vorschriften über den Kauf für entsprechend anwendbar erklären.³⁰⁷⁾ Für die Subsumtion der Übernahme Klausel unter § 445 BGB spricht, daß sie auf eine Veräußerung abzielt; denn die Eigentumslage des EVU soll geändert werden. Die Veräußerung ist Tatbestandsmerkmal des § 445 BGB.

Das Fehlen einer synallagmatischen Verknüpfung der Leistung und Gegenleistung steht der Einordnung unter die

306) Die Verträge über die Einbringung von Unternehmen in Gesellschaften hat die h.L. zwar auch den Kaufverträgen gleichgestellt. (E n n e c c e r u s - L e h m a n n : Recht der Schuldverhältnisse, S. 485). Auf diese Erkenntnis kann man sich aber bei der Qualifizierung der Übergabeklausel kaum stützen, weil die beiden Vorgänge schlecht vergleichbar sind. Bei der Übertragungsvereinbarung besteht keine übernehmende Gesellschaft, wie sie der Einbringungsvertrag voraussetzt.

307) Ebenso W. S t u m p f : Fragen des Übernahmerechts in Gebietsschutzverträgen. S. 279 "diese Abrede enthält praktisch alle Elemente, die den Tatbestand des Kaufs erfüllen, wobei es für die Festlegung des Vertragstypus gleichgültig ist, ob die ... §§ 433 ff unmittelbar oder analog angewendet werden."

kaufähnlichen Verträge nicht entgegen. 308) Unter diese Kategorie fallen nämlich alle Veräußerungen, soweit sie nur entgeltlich sind. 309)

Entgeltlich in diesem Sinne sind aber auch noch die unvollkommen zweiseitigen Verträge, da sie die Leistung des Schuldners, die eigentliche Hauptleistung, mit einer Leistung des Gläubigers verknüpfen.

Die von den Parteien vereinbarte Trennung der synallagmatischen Verknüpfung zwischen den Hauptleistungen eines normierten Vertragstyps bedeutet nicht, daß dieser Typ auf den geänderten Vertrag überhaupt nicht mehr anwendbar wäre.

Die Regeln des Vertragstyps gelten vielmehr für die Hauptleistung, die beim gesetzlich geregelten Vertrag und der daraus von den Parteien entwickelten Abrede gleich ist. Das ist in unserem Falle die Sachleistung des Verkäufers, das EVU. Für diese Leistung gilt das Kaufrecht direkt. Die Vorschriften über die Gegenleistung, den Kaufpreis, sind aber nicht anwendbar, weil die Übernahme Klausel keine Gegenleistung enthält. Deshalb ist das Kaufrecht als solches auf die Übernahme Klausel nur analog anwendbar.

Die §§ 320 ff BGB können, soweit sie nicht das Kaufrecht überhaupt ausschließt, nicht herangezogen werden.

Aus der Ähnlichkeit der Übernahmevereinbarungen mit einem Kauf ergibt sich, daß das EVU für Rechtsmängel wie ein Verkäufer haftet. Diese im Vergleich mit dem unentgeltlichen Veräußerer strenge Haftung ist gerechtfertigt, wenn berücksichtigt wird, welche Folgen das Recht eines Dritten

308) F. Ostler bei Staudinger: Recht der Schuldverhältnisse II. Bd. 2. Teil, § 445 Rd.Nr. 2: § 445 bezieht sich auf "Verträge, die auf Veräußerung ... gegen Entgelt gerichtet sind, wobei nicht das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung eines gegenseitigen Vertrages zu bestehen braucht."

309) H. Gramm bei Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch § 445 Anm. 1 a

an dem EVU für die Versorgung der Bevölkerung haben könnte. Würde entgegen § 439 Abs. 2 Satz 1 BGB eine Hypothek am Grundstück, auf dem das EVU steht, nicht gelöscht, so könnte der Hypothekar unter Umständen durch eine Zwangsvollstreckung die Stromversorgung unterbrechen. Für die dann erforderlichen Deckungskäufe von anderen EVU muß die Gemeinde ausreichende Schadenersatzansprüche haben. Das gegensätzliche Ergebnis, wonach die Gemeinde und damit der Steuerbürger derartige Kosten tragen müßte, widerspricht dem Sinn und Zweck des Benutzungsvertrages.

Denn aus diesem Vertrag wird doch der Wille der Parteien ersichtlich, der Gemeinde selbst nach Vertragsablauf die Versorgung ihres Gebietes zu ermöglichen. Das EVU muß zur Erfüllung dieses Zweckes das seinige tun, also ein in jeder Hinsicht betriebsfähiges Unternehmen für die Gemeinde bereitstellen. Verletzt das EVU diese Verpflichtung, so hat es die Gemeinde so zu stellen, als habe es richtig erfüllt. Es muß also Schadenersatz wegen Nichterfüllung leisten, der Gemeinde das sogenannte positive Interesse ersetzen. 310)

Aus denselben Gründen ist gegen eine Sachmängelhaftung das EVU gem. den §§ 459 ff, die über § 493 BGB anwendbar sind, grundsätzlich nichts einzuwenden. Aus der Eigenart des Benutzungsvertrages ergibt sich aber, daß Wandlung und Minderung als Gewährleistungsansprüche ausgeschlossen sind. Die Gemeinde kann nur Schadenersatzansprüche wegen Nichterfüllung geltend machen.

310) § 440 I, § 325 I BGB

3. Abschnitt: Die Kontrahierungsklausel

Das EVU verpflichtet sich, jeden zu den allgemeinen Versorgungsbedingungen anzuschließen.

A. Die Pflichten der Parteien

Auch diese Bestimmung enthält, wie oben die Übernahme-klausel, nur eine Hauptleistung, nämlich die Pflicht des EVU, die Gemeindebürger mit Energie zu versorgen, sobald und soweit sie daran Bedarf haben.

Die Anschlußpflicht ist eine einheitliche Verpflichtung. Es gibt nicht mehrere selbständig nebeneinander stehende Hauptpflichten, deren Anzahl den Bürgern entspricht, die neue Kunden des EVU werden wollen. Das folgt daraus, daß das EVU seiner Anschlußpflicht durch ein gleichbleibendes Verhalten nachkommt.

Dieses einheitliche Verhalten kann nur eine Verpflichtung begründen. Für die Zahl der Verpflichtungen eines Schuldners ist nämlich nicht die Anzahl der Handlungen entscheidend, mit denen er seine Leistung erbringt. Vielmehr kann die Erfüllung einer Verpflichtung mehrere Handlungen erfordern.³¹¹⁾ Deshalb ist es also gleichgültig, daß sich die Anschlußpflicht nur durch mehrere Handlungen erfüllen läßt. Da sie ein einheitliches Verhalten erfordert, kann sie auch nur eine Verpflichtung begründen.

Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob die Abwicklung des Schuldverhältnisses einen längeren Zeitraum erfordert oder sich in einer einmaligen Leistung erschöpft,³¹²⁾ also ein Dauerschuldverhältnis vorliegt oder nicht.

Dabei kommt es entscheidend darauf an, ob die Leistungsmenge allein durch die Zeit oder auch durch andere Gesichts-

311) Zum Beispiel sind zur Erfüllung einer Bringschuld erforderlich: Aussonderung, Verladen, Transport, Übergabe.

312) Vgl. S. 70

punkte bestimmt ist. ³¹³⁾ Zwar dauert die Anschlußpflicht während des ganzen Vertragszeitraumes. Sie ist aber nicht allein dadurch festgelegt. Für die Bestimmung der Leistungsmenge tritt vielmehr der zeitliche Gesichtspunkt hinter die Zahl der neuen Abnahmewilligen zurück. Die Gemeindebürger, die während der Geltungsdauer des Benutzungsvertrages angeschlossen werden wollen, bestimmen den Leistungsumfang. Ihre Zahl ist zwar im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch nicht konkret festgelegt. Der Kreis dieser Begünstigten ist aber so genau zu umschreiben, daß sich der Leistungsumfang in jedem beliebigen Zeitpunkt feststellen läßt. Damit ist die Leistungsmenge durch die Anzahl der Begünstigten bestimmt. Die Anschlußklausel ist deshalb kein Dauerschuldverhältnis. Eine Abweichung gegenüber einer gewöhnlichen Leistungspflicht liegt nur insoweit vor, als die Erfüllung der Anschlußpflicht mehrere gleichartige Handlungen erfordert, während sich eine Leistung normalerweise aus verschiedenen Handlungen zusammensetzt, wie das Beispiel der Bringschuld zeigt.

Was die Anspruchsträger betrifft, so kennzeichnet die Anschlußklausel die Besonderheit, daß die Leistung nicht dem Vertragspartner, sondern einem Dritten, dem Anschlußwilligen, erbracht werden soll. Trotz dieser Eigenheit steht aber dem Wesen des Vertrages gemäß der Anspruch auf die Leistung dem Vertragspartner des EVU, der Gemeinde, zu. Von diesem Grundsatz eine Ausnahme zu machen und dem Bürger allein das Forderungsrecht zuzuweisen, besteht mangels entsprechender Parteiabrede kein Anlaß. ³¹⁴⁾

Es ist aber möglich, daß neben dem Anspruch des Vertragspartners auf Leistung auch noch der durch den Vertrag begünstigte Dritte ein Forderungsrecht gegen das EVU hat. ³¹⁵⁾

313) K. L a r e n z : Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 23

314) Vgl. § 335 BGB

315) § 328 Abs. 1 BGB

(Sogenannter echter Vertrag zugunsten Dritter). Besteht ein solcher Anspruch des Dritten nicht, so ergibt sich für die Rechtsstellung der Parteien nichts besonderes.

(Sogenannter unechter Vertrag zugunsten Dritter). In diesem Falle ist nur eine besondere Art und Weise der Erfüllung vereinbart; ein Forderungsträger außer den Vertragsparteien existiert nicht.

Ob außer dem Vertragspartner auch dem Dritten ein Anspruch eingeräumt wird oder nicht, hängt vom Parteiwillen ab. ³¹⁶⁾

Ausdrücklich ist die Berechtigung des Dritten weder bejaht noch verneint, so daß der Wille der Parteien "aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrages" zu entnehmen ist. ³¹⁷⁾

Dazu ist festzustellen: Absicht der Gemeinde bei Vertragsabschluß war weniger, ihren einzelnen Bürgern Ansprüche gegen das EVU einzuräumen, als vielmehr das Energiebedürfnis in ihrem Hoheitsgebiet zu decken. Beweggrund der Gemeinde war nicht, ihre Bürger mit Individualrechten auszustatten, sondern ihre verfassungsmäßige Pflicht zur ausreichenden Versorgung der Gemeinde mit Energie zu erfüllen.

Die Gemeinde begründete die Anschlußpflicht also in ihrem eigenen Interesse. Damit ist anzunehmen, daß sie ihren Bürgern keine eigenen Rechte gewähren wollte. Eine derartige Auslegung liegt auch im Interesse des EVU, da es keinen Wert darauf legt, alle Gemeindebürger zum Gläubiger zu haben. Da insofern der Wille der Parteien übereinstimmt, sind die Bürger aus dem Vertrag nicht selbst berechtigt. Sie können aus der Anschlußklausel des Benutzungsvertrages kei-

316) Diese Frage ist hier zu beantworten, da dadurch nur über die Zahl der Ansprüche entschieden wird, nicht aber über den Vertragstypus (B. D a n c k e l m a n n bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, Einführung 2a vor § 328 BGB).

317) § 328 II BGB; die gesetzlichen Auslegungsregeln der §§ 329, 330 BGB sind nicht anwendbar.

ne Energieversorgung beanspruchen. ³¹⁸⁾ Die Anschlußklausel ist kein echter, sondern ein unechter Vertrag zugunsten Dritter ³¹⁹⁾, weil die Leistung dem Vertragspartner über einen Dritten erbracht werden soll.

Für die Anschlußpflicht des EVU besteht zwar keine direkte Gegenleistung der Gemeinde, so daß die Anschlußklausel kein gegenseitiger Vertrag ist. Die Anschlußpflicht des EVU steht aber in engem rechtlichen Zusammenhang mit dem Nutzungsrecht des EVU, weil dies nicht nur die Gegenleistung für die Mietzahlungen, sondern auch für die Anschlußpflicht ist. Da die Rechtslage dieselbe ist wie bei der Übernahmeklausel, darf bezüglich der näheren Begründung des rechtlichen Zusammenhangs zwischen Anschlußpflicht und Benutzungsrecht auf die dortigen Ausführungen verwiesen werden. ³²⁰⁾

Die Anschlußklausel ist damit auch ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag.

B. Der Vertragstyp

Das EVU verspricht, potentielle Abnehmer anzuschließen und zu versorgen, also mit ihnen Versorgungsverträge einzugehen.

Zur Qualifizierung einer derartigen Pflicht zum Abschluß eines Vertrages kommen zwei Institutionen in Betracht: der Optionsvertrag und der Vorvertrag.

318) Seit Inkrafttreten des EnergG können die Bürger des Versorgungsgebietes eines EVU ihren Anschluß an das Energienetz nach § 6 Abs. 1 EnergG beanspruchen. Diese Bestimmung faßt im wesentlichen die frühere Rechtsprechung zum Monopolmißbrauch und Kontrahierungszwang zusammen. (E i s e r - R i e d e r e r - S i e d e r : Energiewirtschaftsrecht, Stand 1954 S. I 171/172). Da es sich hierbei aber um Versorgungsverträge zwischen EVU und Abnehmern handelt, ist auf diese Fragen nicht weiter einzugehen.

319) E b e n s o H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 142; E i s e r - R i e d e r e r - S i e d e r : Energiewirtschaftsrecht, S. V 36, Stand 1954.

320) Vgl. S. 100

Beiden Vertragsarten ist gemeinsam, daß der Verpflichtete auf Verlangen des Berechtigten den versprochenen Vertrag abschließen muß. Der Unterschied der beiden Typen besteht darin, daß aus einem Vorvertrag nur auf Abschluß eines neuen Vertrages geklagt werden kann, also ein nochmaliger Konsens erforderlich ist, während der Optionsberechtigte durch einseitige Erklärung den gewünschten Vertrag zustande bringen kann.³²¹⁾ Daraus folgt, daß ein Vorvertrag anzunehmen ist, wenn der Vertragsinhalt noch nicht in allen Einzelheiten feststeht, sondern erst durch einen neuen Konsens bestimmt wird. Ein Optionsvertrag wird vorliegen, wenn der Vertragsinhalt schon fixiert ist und die Erklärung des Berechtigten, die Ausübung des Gestaltungsrechts, innerhalb einer bestimmten Frist zu erfolgen hat. Diese Fristsetzung erklärt sich daraus, daß mit Optionsrecht ursprünglich nur die Annahme eines langfristigen Angebotes bezeichnet wurde, die Annahme aber nur innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen kann.³²²⁾

Für den Optionsvertrag spricht, daß der Inhalt der in Aussicht genommenen Vereinbarung durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen schon festliegt. Entgegen steht, daß eine Frist, innerhalb der die Gemeinde dem EVU den Vertragsabschluß zwischen EVU und Abnehmern erklären müßte, nicht vorhanden ist, außerdem, daß Träger des Gestaltungsrechts und Vertragspartner nicht identisch sind. Es kann nicht im Interesse des EVU liegen, daß durch Erklärung

321) Ursprünglich wurde als Optionsrecht die Möglichkeit bezeichnet, ein Angebot innerhalb einer bestimmten Frist anzunehmen und so durch einseitige Erklärung einen Vertrag entstehen zu lassen. Es handelte sich also nur um eine besondere Bezeichnung des aus § 145 BGB resultierenden Rechts, ein Angebot anzunehmen. Gem. § 305 BGB kann aber auch ein Vertrag geschlossen werden, der einer Partei das Recht gewährt, durch einseitige Erklärung einen Vertrag, dessen Inhalt schon festgelegt ist, ins Leben zu rufen (K. L a r e n z : Schuldrecht Besonderer Teil, S. 102).

322) Vgl. §§ 146, 147 Abs. 2 BGB und die vorige Anmerkung

der Gemeinde vertragliche Beziehungen zwischen EVU und Dritten entstehen, deren Zahl und deren Vermögensverhältnisse das EVU nicht kennt. Hier ist wiederum darauf hinzuweisen, daß die Gemeinde nicht ihre Bürger mit einzelnen Ansprüchen ausstatten, sondern in erster Linie die für ihr gedeihliches Zusammenleben erforderlichen Voraussetzungen schaffen wollte. ³²³⁾ Ein Optionsrecht entfällt also, da es nicht im Interesse der Parteien lag, von ihnen also auch nicht gewollt war.

Zwischen den Parteien wurde vielmehr ein Vorvertrag geschlossen. Er berechtigt die Gemeinde, vom EVU den Abschluß eines Versorgungsvertrages mit einem neuen Abnahmewilligen zu verlangen. Wenn die Gemeinde diesen Anspruch geltend macht, muß das EVU einen Antrag des Abnahmewilligen auf Abschluß des Versorgungsvertrages annehmen. Das gilt allerdings nur, wenn sich der Begünstigte den allgemeinen Versorgungsbedingungen unterwirft. ³²⁴⁾

Der Vorvertrag ist kein eigener Vertragstyp. Er ist weder im besonderen Teil des Schuldrechts als solcher ³²⁵⁾ geregelt, noch kommt ihm eigener Vertragscharakter zu. Eine bei allen Vorverträgen gleiche Hauptpflicht, nach der er benannt werden könnte, enthält er nicht. Seine Hauptpflicht wird immer vom endgültigen Vertrag bestimmt. Von ihm erhält er Inhalt und Färbung. Damit bestimmt sich der Vertragstyp der Anschlußklausel nach dem Hauptvertrag, der ihr zugrunde liegt. Das ist der Versorgungsvertrag.

Bei der Qualifikation des Versorgungsvertrages ist zwischen den einzelnen Versorgungsleistungen zu unterscheiden:

323) Vgl. S. 111

324) Auch nach § 6 Abs. 1 EnergG beschränkt sich der Kontrahierungszwang auf diese Normalabnehmer. Er besteht nicht gegenüber Sonderabnehmern.

325) In § 610 BGB ist zwar ein Vorvertrag zum Darlehen normiert, eine allgemeine Regelung des Vorvertrages ist darin aber nicht enthalten.

Eine entgeltliche Belieferung mit Heizgas ist dann ein Kaufvertrag, wenn das Heizgas gemäß dem Wortlaut ³²⁶⁾ von § 433 Abs. 1 BGB eine Sache ist. Bei jeder Art von Energielieferung ist - wie dargestellt ³²⁷⁾ - zu trennen zwischen der Energie selbst und ihrem Träger. Die Energie ist in jeder Form nur gespeicherte Arbeit. Sie kann deshalb kein körperlicher Gegenstand sein, ³²⁸⁾ also auch nicht Objekt eines Kaufvertrages. Energieträger ist bei der Versorgung mit Heizgas das Gasgemisch. Es ist eine Sache, weil es ein "im Verkehrsleben besonders bezeichneter und bewerteter Gegenstand" ist. ³²⁹⁾ Auf den Charakter des Energieträgers ist bei der Frage nach dem Vertragstyp abzustellen; denn nur durch ihn können sich die verschiedenen Energiebezugsverträge unterscheiden. Die im Gas enthaltene Energie gibt kein Unterscheidungsmerkmal ab, da sie immer gleich bleibt. Damit ist die Versorgung mit Heizgas ein Kaufvertrag.

Für Verträge über die Lieferung von Warmwasser gilt dasselbe. Auch hier ist der Energieträger, das Wasser, eine Sache. Die Versorgung mit Warmwasser regelt sich nach dem Kaufrecht.

Schwieriger läßt sich der Elektrizitätslieferungsvertrag beurteilen:

Träger der elektrischen Energie ist das Elektron. Es bildet als Teil der Atomhülle zusammen mit dem Atomkern das Atom. ³³⁰⁾

Dieses Elektron besitzt als Energieträger nach den neuen Erkenntnissen der Physik eine Masse und hat körperlichen Charakter.

326) Als weiteres Kaufobjekt nennt § 433 Rechte. Dazu gehört aber die Energie nicht, so daß nur ihre Zuordnung zum Sachbegriff übrigbleibt.

327) Vgl. S. 2

328) Vgl. § 90 BGB

329) Vgl. B. Danckelmann bei Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch § 90 Anm. 1

330) W. Westphal: Kleines Lehrbuch der Physik, S. 105, 221.

Ob aber ein Gegenstand Sachcharakter hat oder nicht, entscheidet nicht die Erkenntnis besonders qualifizierter Kreise, sondern die allgemeine Verkehrsauffassung. ³³¹⁾

In das Bewußtsein der Allgemeinheit sind diese neuen physikalischen Erkenntnisse von der Masse des Trägers der elektrischen Energie aber noch nicht vorgebracht. Der Repräsentant der Allgemeinheit kann diesen Energieträger mangels der Kenntnis eines Atommodells nicht als Körper begreifen. Der Träger der elektrischen Energie ist deshalb keine Sache. ³³²⁾

Trotzdem haben Rechtsprechung und der überwiegende Teil der Literatur den Elektrizitätsversorgungsvertrag als ein dem Sachkauf ähnliches Verhältnis angesehen. ³³³⁾ Dem ist zuzustimmen.

Zwar wird keine Sache i.S. des § 90 BGB verkauft. Das ist für die Annahme eines Kaufvertrages aber auch nicht notwendig. Es können nämlich nicht nur Sachen und Rechte verkauft werden, wie § 433 BGB behauptet, sondern alle wirt-

331) Hier kommt einmal das von der Verkehrsauffassung getragene Volksrecht gegenüber dem technischen Juristenrecht zum Durchbruch. Vgl. H. L a n g e : BGB Allgemeiner Teil, S. 43

332) RGZ vom 28.3.1930 in JW 1930 S. 1924; H. C o i n g bei S t a u d i n g e r : BGB Allgemeiner Teil, Vorbemerkung vor § 90, Rd.Nr. 3 e; K r e g e l im RGR-Kommentar 1. Band I. Teil, § 90, Anm. 13; H. G r a m m bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 433 Anm. 1 a; H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 170.

333) RGZ in JW 1930 S. 1924 vom 28.3.1930; RGZ Bd. 26 S. 12, 13 vom 10.11.1914; E n n e c c e r u s - L e h m a n n : Recht der Schuldverhältnisse, S. 399; H. G r a m m bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 433 Anm. 1 a; E i s e r - R i e d e r e r - S i e d e r : Energiewirtschaftsrecht, S. IV 4, 20; a.A. H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 170, die einen Werkvertrag annehmen.

schaftlich selbständigen Güter. ³³⁴⁾ Hierzu gehört auch die elektrische Arbeit. Das folgt aus der engen Verwandtschaft des Elektrizitätslieferungsvertrages mit dem Gasversorgungsvertrag. Der wirtschaftliche Zweck dieser beiden Energiebezugsverträge ist derselbe. Deshalb sind auf den Elektrizitätslieferungsvertrag die Vorschriften über den Sachkauf wenigstens analog anwendbar.

Da die Leistungsmenge des Versorungsvertrages durch die Zeit seiner Gültigkeit bestimmt wird, ist er ein Dauerschuldverhältnis, und zwar ein einheitlicher Sukzessivlieferungsvertrag und kein Wiederkehrschuldverhältnis. ³³⁵⁾ Damit ist die Anschlußklausel ein Vorvertrag zu einem Kaufvertrag.

334) H. G r a m m bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 433 Anm. 1. Hinsichtlich des Kaufobjektes ist deshalb der Wortlaut des § 433 BGB etwas zu eng.

335) So K. L a r e n z : Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 24 Anm. 2; H. F i s c h e r h o f : Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S. 58; E i s e r - R i e d e r e r - S i e d e r : Energiewirtschaftsrecht, S. IV 18, 19; H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 73. A.A. B ö h l e - S t a m m s c h r ä d e r : Konkursordnung, 7. Auflage München und Berlin 1964, Anm. IV c zu § 3; K. J ä g e r : Konkursordnung, 8. Auflage Berlin 1958, § 17 Rd.Nr. 18 b

4. Abschnitt: Die Betriebsklausel

Das EVU verpflichtet sich zur Erstellung der Produktions- und Verteilungsanlagen, die zur Befriedigung des gegenwärtigen und zukünftigen Bedarfs der Gemeindebürger erforderlich sind.

A. Die Pflichten der Parteien

Das EVU schuldet nicht den Bau bestimmter Produktionsanlagen. Ihre Erstellung ist nur das Mittel, um seine eigentliche Verpflichtung zu erfüllen, nämlich allen Wünschen nach Energielieferung nachzukommen.

Diese Pflicht zur Bedarfsdeckung steht im engen Zusammenhang mit der Anschlußpflicht. Wenn die Gemeinde vom EVU beanspruchen kann, alle Abnahmewilligen anzuschließen und zu versorgen, so ist die wirtschaftliche Folge dieser Verpflichtung, daß das EVU auch die dafür erforderliche Energie zur Verfügung halten muß. Es ist deshalb zu überlegen, ob nicht die Betriebsklausel in der Anschlußklausel enthalten ist und jener deshalb rechtlich keine eigene Bedeutung mehr zukommt.

Das ist jedoch nicht der Fall. Die Anschlußpflicht beinhaltet zwar die Vorhaltungspflicht, aber nicht umgekehrt. Wenn das EVU zur Vorhaltung einer bestimmten Energiemenge verpflichtet ist, so kann es deshalb noch nicht in Anspruch genommen werden, alle Abnahmewilligen anzuschließen. Wirtschaftlich - technisch gesehen, besteht so zwar ein enger innerer Zusammenhang zwischen den Pflichten des EVU aus Anschluß- und Betriebsklausel. Von einer Identität der Leistungen kann aber nicht gesprochen werden. Sind aber wirtschaftlich gesehen die Vertragspflichten nicht dieselben, so sind sie es rechtlich auch nicht. Das ergibt sich daraus, daß die Anschlußpflicht als Vorvertrag zum Kauf ³³⁶⁾ gekennzeichnet wurde, die Betriebspflicht ein

336) Vgl. S.117

Werkvertrag³³⁷⁾ ist. Aus der Verschiedenheit der Vertragstypen folgt die Unterschiedlichkeit der Vertragsgegenstände.

Aber auch wenn die Vertragsgegenstände dieselben³³⁹⁾ wären, hätte dies auf die Selbständigkeit der Betriebsklausel keinen Einfluß. Dieselbe Handlung kann nämlich Gegenstand verschiedener Verträge sein. Der Partner hat dann ein Wahlrecht, aus welcher Vereinbarung er klagen will.³³⁹⁾

Nach beiden Ansichten also sind Anschluß- und Betriebsklausel selbständige Verträge. Im Schrifttum werden die beiden Klauseln dementsprechend auch immer getrennt.³⁴⁰⁾

Ein Dauerschuldverhältnis bewirkt diese Verpflichtung nicht, da sich ihr Umfang ebenso wie bei der Anschlußpflicht nicht nach der Vertragsdauer, sondern der Zahl der Abnahmewilligen richtet.³⁴¹⁾

Der Vorhaltungspflicht des EVU als solcher entspricht keine eigene Gegenleistung der Gemeinde, so daß ein Synallagma nicht vorliegt. Wohl aber steht die Pflicht der Gemeinde zur Grundstücksüberlassung in rechtlichem Zusammenhang mit der Betriebsklausel, so daß diese als unvollkommen zweiseitiger Vertrag zu charakterisieren ist, wie Übernahme- und Kontrahierungsklausel.³⁴²⁾

337) Vgl. S. 117

338) So z.B. nach der Meinung von Henke-Müller-Rumpf: Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 170, die den Energielieferungsvertrag als Werklieferungsvertrag qualifizieren.

339) Prozessual wirkt sich die enge Verbundenheit der Pflichten aus: hat die Gemeinde gegen das EVU einen vollstreckbaren Titel auf Anschluß und Versorgung mehrerer Bürger, so wird einer Klage auf Vorhaltung ausreichender Energie das Rechtsschutzbedürfnis fehlen.

340) K. Stern: Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, S. 144; Eisner-Riederer-Sieder: Energiewirtschaftsrecht, S. V 36; Henke-Müller-Rumpf: Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 128

341) Vgl. S. 109

342) S. 101, 102

B. Der Vertragstyp

Das EVU schuldet die Vorhaltung bestimmter Energiemengen. Nur daran ist die Gemeinde interessiert. Wie das EVU diese Menge bereitstellt, welche Anlagen es baut, nach welchen Verfahren es arbeitet, ist der Gemeinde gleichgültig. Die Arbeit, die das EVU aufwendet, um die verlangte Energiemenge zu erzeugen, ist deshalb nicht Vertragsgegenstand. Vertragsobjekt ist vielmehr das Ergebnis dieser Arbeit. Damit kommt die Betriebsklausel dem Werkvertrag am nächsten.³⁴³⁾

Der Einordnung unter diesen Vertragstyp steht nicht entgegen, daß die Bereitstellung der Energie kein körperliches Werk, kein materielles opus, ist. Gegenstand des Werkvertrages kann nämlich neben der Herstellung oder Veränderung einer Sache auch ein anderer durch Arbeit herbeigeführter Erfolg sein³⁴⁴⁾ (immaterielles opus).

Abgestellt auf die Pflicht des EVU handelt es sich damit um einen Werkvertrag. Ein Werklieferungsvertrag kommt schon deshalb nicht in Frage, weil dieser nur die Herstellung von Sachen zum Gegenstand hat,³⁴⁵⁾ das EVU aber einen immateriellen Erfolg schuldet.

Der Werkvertrag ist aber ein gegenseitiger Vertrag, der die Herstellung des Werkes gegen die Vergütung tauscht. Eine der Vergütung entsprechende Gegenleistung der Gemeinde fehlt zwar. Das hindert aber nur die direkte Anwendung der §§ 631 ff BGB auf die Betriebsklausel. Ihre entsprechende Anwendung ist möglich, weil eine Leistung der Gemeinde in ihrer Pflicht zur Gebrauchsüberlassung von Grundstücken vorhanden ist, also ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag vorliegt.³⁴⁶⁾ Weil sich die Betriebsklausel mit dem Typ des Werkvertrages insoweit deckt, als es sich um die Herstellung des Erfolges handelt, sind die §§ 631 ff entsprechend anwendbar.

343) § 631 BGB

344) § 631 Abs. 2 BGB

345) § 651 Abs. 1 BGB

346) s. S. 107

5. Abschnitt: Die Mitwirkungsklausel

Die Gemeinde hat bei der Gestaltung der Tarife ein Mitbestimmungsrecht ³⁴⁷⁾ bezüglich der Art der zu liefernden Energie (Drehstrom, Gleichstrom, Spannung), der Messung beim Abnehmer und der Art und Weise der Bezahlung.

A. Die Pflichten der Parteien

Die Art der zu liefernden Energie, ihre Messung und Bezahlung sind Bestandteile des Energieversorgungsvertrages. An ihm ist die Gemeinde nicht beteiligt. Trotzdem kann sie den Inhalt des Versorgungsvertrages mit festlegen. Das Mitbestimmungsrecht gibt der Gemeinde also die Möglichkeit, auf einen Vertrag einzuwirken, deren Partei sie nicht ist. ³⁴⁸⁾

Das BGB kennt den Begriff des Mitwirkungsrechts nicht. Der Inhalt dieses Rechts wird vom Parteiwillen festgelegt. Anhaltspunkte für den Parteiwillen geben Inhalt und Zweck der Mitwirkungsklausel.

Durch die Mitwirkungsklausel soll die Gemeinde ihre Bürger vor der wirtschaftlichen Machtstellung des EVU, die es als Monopol besitzt, schützen. Die Gemeinde hat sich, ihrer gesetzlichen Fürsorgepflicht den Bürgern gegenüber Rechnung tragend, für sozialadäquate Versorgungsbedingungen einzusetzen. Dieser Pflicht kann die Gemeinde nur nachkommen, wenn sie an der Festlegung und Änderung der AVB selbst

347) Dieses Mitbestimmungsrecht hat trotz der Allgemeinverbindlichkeit der AVB (vgl. S. Anm. 81) auch praktische Auswirkungen; denn die in der Klausel genannten Punkte sind von den AVB nicht erfaßt, stehen also zur freien Disposition der Partner des Versorgungsvertrages.

348) s. S. 37

teilhat, wenn sie selbst mit Gesetzgeber ist. 349) Die Gemeinde muß an der Gesetzesschöpfung als solcher, an der Fassung des gesetzgeberischen Willens mitwirken.

Dieses Recht der Gemeinde ist verletzt, wenn sie vom EVU nur zur abschließenden Beratung über die AVB zugezogen wird. In diesem Fall könnte die Mitwirkung der Gemeinde durch eine vorgefaßte Meinung ausgeschaltet werden. Der gemeindliche Einfluß auf die den AVB zugrundeliegende Willensbildung, wie sie das Mitwirkungsrecht verlangt, wäre abgeschnitten. Dem Mitwirkungsrecht genügt es nicht, wenn die Gemeinde nur noch die Möglichkeit hat, den Vorschlag des EVU abzulehnen oder ihm zuzustimmen. Das Mitwirkungsrecht geht also über die Zustimmung, wie sie das BGB kennt, hinaus. 350)

Der Inhalt des Mitwirkungsrechts läßt sich besser mit der Vorschrift des § 317 Abs. 1 BGB vergleichen. Danach kann ein Vertrag die Abrede enthalten, daß die Leistung durch andere als die Vertragsparteien, durch Dritte, bestimmt wird. Dementsprechend ermächtigt das Mitwirkungsrecht die Gemeinde als außenstehenden Dritten, den Inhalt des Versorgungsvertrages mitzubestimmen. Diese Ähnlichkeit erstreckt sich aber nur auf den Inhalt, nicht auf die rechtliche Konstruktion von Mitwirkungsrecht und der Leistungsbestimmung durch Dritte.

Das Mitwirkungsrecht der Gemeinde kann im Benutzungsvertrag oder im Versorgungsvertrag seine Grundlage haben; denn die Regelung des Mitwirkungsrechts im Benutzungsvertrag ist nur formeller Natur und hat auf seine materielle Würdigung keinen Einfluß.

349) Auch als allgemeine Geschäftsbedingungen kommen die AVB einem Gesetz sehr nahe. Tatsächlich haben sie wegen ihrer Allgemeinverbindlichkeit Normcharakter.

350) § 182 Abs. 1 BGB

Am Versorgungsvertrag ist die Gemeinde nicht beteiligt. Sie hat deshalb auf seinen Inhalt und dessen Änderung grundsätzlich keinen Einfluß. Ein Recht zur Mitgestaltung des Versorgungsvertrages könnte die Gemeinde erhalten haben, wenn der Versorgungsvertrag die Abrede enthielte, daß die Versorgungsleistungen durch die Gemeinde und EVU als Dritte bestimmt werden könnten.³⁵¹⁾ Eine derartige Klausel enthält der Versorgungsvertrag aber nicht.

Eine Einwirkung der Gemeinde auf den Versorgungsvertrag wäre auch dadurch erreichbar, daß die Abnehmer ihre Rechte aus dem Versorgungsvertrag auf die Gemeinde übertragen. Dazu ist aber gemäß § 398 BGB ein Vertrag zwischen Gemeinde und Abnehmern notwendig, der nicht existiert.

Ohne einen derartigen Vertrag kann dasselbe Ergebnis erzielt werden, wenn EVU und Abnehmer im Versorgungsvertrag der Gemeinde ein Mitwirkungsrecht bestellen wollten, wenn also der Versorgungsvertrag insoweit als echter Vertrag zugunsten der Gemeinde anzusehen wäre. Ein solcher Vertrag hätte die Übertragung des Mitwirkungsrechts des Abnehmers bei einer Änderung des Versorgungsvertrages zum Gegenstand. Die Gemeinde nähme dann insoweit die Stellung des Abnehmers ein und könnte zusammen mit dem EVU die AVB festlegen oder ändern. Diese Konstruktion ist aber weder rechtlich zu realisieren noch entspricht sie dem Parteiwillen.

Durch einen Vertrag zugunsten Dritter kann nämlich immer nur eine Leistung, ein Forderungsrecht, auf einen Dritten übertragen werden.³⁵²⁾ Das Mitwirkungsrecht ist aber kein derartiger Anspruch. Ein schuldrechtlicher Anspruch ist nämlich die Folge eines Schuldverhältnisses.³⁵³⁾ Die Mitwirkung der Parteien des Benutzungsvertrages ist aber so gesehen die Voraussetzung für das Entstehen eines Schuld-

351) § 317 BGB

352) § 328 Abs. 1 BGB

353) § 241 BGB

verhältnisses, wenn die Gemeinde bei der erstmaligen Festlegung der AVB mitwirkt. ³⁵⁴⁾ Der Versorgungsvertrag wird doch erst geschlossen, nachdem EVU und Gemeinde die Versorgungsbedingungen festgelegt haben. Die Ausübung des Mitwirkungsrechts bringt also erst den Versorgungsvertrag hervor, kann also nicht aus ihm entstanden sein. Daran ändert auch die Lehre vom Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nichts; denn auch hier werden bestimmte Verhaltenspflichten, die sich erst aus einem Vertrag ergeben können, auf Dritte erstreckt. ³⁵⁴⁾ Für den Fall, daß sich das Mitwirkungsrecht auf die Änderung schon bestehender AVB bezieht, kann nichts anderes gelten. Das verlangt die Einheitlichkeit des Mitwirkungsrechts.

Die Konstruktion läuft darauf hinaus, eine Rechtsposition, nämlich die Parteistellung in einem Abänderungsvertrag zum Versorgungsvertrag abzutreten. Damit würden aber nicht nur Rechte, sondern auch Pflichten auf den Dritten übertragen, also ein Vertrag zu Lasten Dritter geschlossen. Dieser aber ist unzulässig. ³⁵⁵⁾

Ein derartiges, aus dem Versorgungsvertrag abgeleitetes Mitwirkungsrecht der Gemeinde wollten die Parteien des Benutzungsvertrages aber auch gar nicht. Die normierten Versorgungsverträge geben dafür keinen Anhaltspunkt. Die Gemeinde wollte vielmehr ihr Mitwirkungsrecht unmittelbar aus dem Benutzungsvertrag erwerben. Dieser sollte es begründen, nicht nur feststellen, was durch die Versorgungsverträge schon erreicht war.

Demzufolge beruht das Mitwirkungsrecht auf dem Benutzungsvertrag. Auch in diesem Falle kann es aber nicht als Abrede der Bestimmung einer Leistung durch Dritte qualifiziert werden. Denn § 317 BGB verlangt, daß die Leistung

354) K. L a r e n z : Schuldrecht Allgemeiner Teil, S. 126

355) B. D a n c k e l m a n n bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 328 Anm. 4

eines Vertrages nicht durch dessen Partner, sondern durch andere Personen bestimmt wird. Die Leistungsbestimmung durch Dritte läge also nur vor, wenn die Leistung des Benutzungsvertrages durch Außenstehende festgelegt würde. Das ist aber nicht der Fall.

Trotzdem aber können auf das Mitwirkungsrecht die §§ 317 ff BGB analog angewendet werden. Denn durch das Mitwirkungsrecht wird erreicht, daß die Leistung des Versorgungsvertrages praktisch durch andere als dessen Partner bestimmt wird. Zwar ist bei einer Änderung des Versorgungsvertrages ein neuer Konsens zwischen EVU und Abnehmern nötig. Der Inhalt des Versorgungsvertrages wird also, wie es die Regel ist, von seinen Partnern bestimmt. Jedoch ist dies nur rechtstheoretisch von Bedeutung. Praktisch nämlich sind die Abnehmer zur Annahme des geänderten Angebots durch das EVU gezwungen. Sie können wegen der geänderten Versorgungsbedingungen nicht auf den Energiebezug verzichten.³⁵⁶⁾ Damit wird der Inhalt des Versorgungsvertrages praktisch nicht durch dessen Partner festgelegt, sondern von EVU und Gemeinde.

Nur ein Partner des Versorgungsvertrages, das EVU, ist bei der Festlegung der Versorgungsbedingungen beteiligt. Der andere Mitwirkungsberechtigte, die Gemeinde, ist ein Dritter im Sinne von § 317 Abs. 1 BGB.³⁵⁷⁾ Dieser Sachverhalt ist mit dem Tatbestand der §§ 317 ff BGB vergleichbar, so daß diese Bestimmungen analog anzuwenden sind.

Daraus folgt, daß die Gerichte entscheiden, wenn sich EVU und Gemeinde nicht einigen können, wenn z.B. die Gemeinde in falsch verstandener Fürsorge für die Bürger nichtkosten-

356) Vgl. S. 37

357) § 317 Abs. 2 BGB behandelt zwar die Leistungsbestimmung durch mehrere Dritte. Aber auch hier sind durchwegs andere Personen als die Vertragspartner gemeint, während der Inhalt des Versorgungsvertrages durch eine Partei und einen Dritten bestimmt wird. § 317 Abs. 2 BGB ist also auch nicht direkt anwendbar.

deckende Tarife erzwingen wollte. 358)

Der Umfang des Mitwirkungsrechtes wird durch die Dauer des Benutzungsvertrages bestimmt. Das Mitwirkungsrecht ist deshalb ein Dauerschuldverhältnis.

Eine dem Mitwirkungsrecht entsprechende Gegenleistung der Gemeinde existiert nicht. Ihre Pflicht, die gemeindlichen Grundstücke zur Verfügung zu stellen, hängt aber mit dem Mitwirkungsrecht so eng zusammen, daß es sich um einen unvollkommen zweiseitigen Vertrag handelt. 359)

B. Der Vertragstyp

Im besonderen Teil des Schuldrechts gibt es keinen Vertragstyp, der verschiedenen Personen ein Mitwirkungsrecht bei der Abfassung eines Vertrages zuspräche, der zwischen einem Teil der Mitwirkungsberechtigten und anderen Personen geschlossen werden soll. Auf das Mitwirkungsrecht wurden zwar die §§ 317 ff BGB analog angewandt. Damit ist aber über dessen Vertragstyp noch nichts gesagt; denn § 317 BGB beschreibt nicht die Art und Weise der Leistungen eines Schuldverhältnisses, sondern nur die Möglichkeit ihrer Festsetzung durch Dritte. Der Inhalt der solcherart festgesetzten Leistungen kann allen Vertragstypen entsprechen, so daß § 317 BGB keinen bestimmten Vertragstyp festlegt.

Das Mitwirkungsrecht kann auch nicht ähnlich dem Versorgungsvertrag qualifiziert werden. Praktisch nimmt zwar die Gemeinde einen Teil der Rechte des Abnehmers aus dem Versorgungsvertrag wahr. Diese Rechte hat die Gemeinde aber nicht durch einen Versorgungsvertrag erlangt; denn ein solcher ist zwischen Gemeinde und EVU nicht geschlossen. Aus dem Benutzungsvertrag läßt sich dafür nichts entnehmen. Das Mitwirkungsrecht kann deshalb nur Inhalt eines unbenannten Vertrages gem. § 305 BGB sein.

358) Vgl. § 319 Abs. 1 BGB

359) Vgl. S. 100

6. Abschnitt: Die Folgepflicht

Werden Straßen verlegt, so hat das EVU mit der Verlegung von Leitungen der Straßenführung zu folgen. Der Verkehr darf dabei so wenig wie möglich behindert werden. Die Kosten der Verlegung trägt das EVU.

A. Die Pflichten der Parteien

Die Klausel geht von folgender Situation aus: Die Führung einer Straße, in die schon Leitungen verlegt sind, wird aus Verkehrsgründen geändert. Dann hat das EVU die Leitungen aus der aufgelassenen Straße zu entfernen und in die neue zu verlegen.

Von dem EVU wird damit ein einheitliches Verhalten gefordert. Daraus folgt, daß die Folgepflicht dem EVU nur eine Leistung auferlegt, die allerdings entsprechend der Zahl der Straßenverlegungen in mehrere Handlungen zerfallen kann. 360)

Die Folgepflicht des EVU konkretisiert sich immer dann, wenn die Straßenführung geändert wird. Auch aus dieser Abhängigkeit der Folgepflicht von der Änderung der Straßenführung ergibt sich die Einheitlichkeit dieser Verpflichtung; denn bei jeder Straßenverlegung wird die Folgepflicht als Ausfluß einer einheitlichen Verpflichtung des EVU wirksam. Es entsteht nicht jeweils eine neue Folgepflicht. Es handelt sich vielmehr um eine einheitliche Verpflichtung, deren Wirksamwerden von zukünftigen ungewissen Ereignissen abhängt. Sie ist aufschiebend bedingt. 361)

Auch die Frage nach dem Dauerschuldverhältnis läßt sich hieraus entscheiden. Der tatsächliche Umfang der Folgepflicht ergibt sich aus der Anzahl der Straßenverlegungen.

360) Vgl. S.109

361) § 158 Abs. 1 BGB

Er wird also nicht allein durch den Zeitablauf bestimmt. ³⁶²⁾
Die Folgepflicht ist damit kein Dauerschuldverhältnis.

Die Folgepflicht kann nur der Gemeinde gegenüber entstehen, da der zugrundeliegende Vertrag nur die Benutzung gemeindlichen Straßengrundes beinhaltet. Die Frage, inwieweit auch andere Eigentümer (z.B. private Grundstücksbesitzer), das EVU bei einer Veränderung der Straßenführung in Anspruch nehmen können, stellt sich also nicht. ³⁶³⁾

Bei Erfüllung seiner Verpflichtungen hat das EVU auf den Verkehr Rücksicht zu nehmen. Diese Verbindlichkeit ist im Verhältnis zur Folgepflicht selbst von untergeordneter Bedeutung. Sie verlangt nur ein bestimmtes Verhalten bei der Ausführung einer Leistung, ist also eine typische schon aus § 242 BGB resultierende Nebenpflicht. Wenn sie auch im Interesse des Verkehrs erlassen ist, so sind doch die Verkehrsteilnehmer nicht Träger dieses Nebenanspruches. Abgesehen von der Rechtsunsicherheit, die aus der unbestimmten Zahl dieser Anspruchsberechtigten folgte, ergibt sich aus der Abhängigkeit der Nebenpflicht von der Hauptpflicht, daß jene wie diese nur gegenüber der Gemeinde besteht.

Eine Leistung der Gemeinde, die mit der Folgepflicht des EVU synallagmatisch verknüpft wäre, besteht nicht. Die Aufwendungen für die Neuverlegung trägt das EVU. ³⁶⁴⁾ Wäre die Folgepflicht allein ausdrücklich festgelegt, die Tragung der daraus entstehenden Kosten aber nicht geregelt, so müßte die Gemeinde gemäß dem sogenannten Veranlassungsprinzip

³⁶²⁾ Vgl. S. 70, 109

³⁶³⁾ Vgl. hierzu H. F i s c h e r h o f : Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S. 130, der auch den privaten Eigentümern einen Anspruch auf Umlegung zuspricht, also einen Vertrag zu ihren Gunsten annimmt.

³⁶⁴⁾ Vgl. den Wortlaut der Klausel

für die Kosten der Neuverlegung aufkommen. 365)

Als indirekte Gegenleistung der Gemeinde für die Folgepflicht ist wiederum die Überlassung der gemeindlichen Grundstücke zum Gebrauch anzusehen, so daß auch die Folgepflicht Inhalt eines unvollkommen zweiseitigen Vertrages ist.

B. Der Vertragstyp

Mit der Pflicht zur Leitungsverlegung schuldet das EVU einen bestimmten durch Arbeit herbeizuführenden Erfolg. Die Folgepflicht deckt sich somit mit der Hauptpflicht des Unternehmers im Werkvertrag. 366)

Die außerdem noch bestehende Nebenpflicht des EVU, bei der Leitungsverlegung auf den Verkehr Rücksicht zu nehmen, ist für die Subsumtion dieser Klausel unter den Werkvertrag ohne Bedeutung. Denn die Einordnung eines Vertrages in den besonderen Teil des Schuldrechts kann sich nur an den Hauptpflichten eines Schuldverhältnisses

365) In Rechtsanalogie zu § 642 Abs. 1 und § 1023 BGB gilt folgender Grundsatz: "Wenn bei einem Rechtsverhältnis, das den einen Teil zu fortlaufenden Leistungen verpflichtet, der andere Teil aus einem vom Gegner nicht zu vertretenden Grunde die Änderung der Leistung verlangt, so hat er die dadurch entstehenden Kosten zu tragen." Entscheidung des RG vom 7.1.1904, Zeitschrift: Das Recht, 8. Jahrgang 1904, S. 140 Nr. 638; O. D i t t m a n n bei S t a u d i n g e r: III. Band Sachenrecht 2. Teil, 11. Auflage Berlin 1963, § 1023 Anm. 2 e. H. F i s c h e r h o f: Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S. 131. Gegen eine vom Veranlassungsprinzip abweichende Regelung der Kosten für die Folgepflicht bestehen keine Bedenken. Der Veranlassungsgrundsatz ist kein zwingendes Gewohnheitsrecht. Eine Regelung, die gegen ihn verstößt, bleibt wirksam (vgl. J. E n g e r t: Das Veranlassungsprinzip bei der Kreuzung öffentlicher Straßen durch Energiefernleitungen. NJW 1964 S. 1550 ff, 1551; BGHZ vom 25.9.1961 in NJW 62 S. 293, 295)

366) § 631 BGB

ausrichten. Die Nebenpflichten sind dafür kein ausreichendes Kriterium, weil sie bei jedem Vertragstyp in gleicher Form auftreten können. Das hat seinen Grund darin, daß sie eine Folge des allgemeinen Grundsatzes von Treu und Glauben sind und nicht eines besonderen Schuldverhältnisses.

Auf die Folgepflicht sind somit die Regeln des Werkvertrages anwendbar, soweit sie die Leistung des Unternehmens betreffen. Unanwendbar sind die Bestimmungen über die Vergütung, da die Klausel eine solche nicht enthält. Das Werkvertragsrecht ist also insgesamt nur entsprechend anwendbar.

Die Folgepflicht ist damit ein aufschiebend bedingtes werkvertragsähnliches Schuldverhältnis. 367)

367) Enthält der Benutzungsvertrag überhaupt keine Regelung der Folgepflicht, so ist strittig, ob der Gemeinde ein Anspruch auf Verlegung der Leitungen entsprechend der geänderten Straßenführung zusteht.

Nach einer Ansicht ist § 1023 Abs. 1 BGB entsprechend anzuwenden. Danach kann der Eigentümer, dessen Grundstück mit einer Dienstbarkeit belastet ist, verlangen, daß die Ausübung der Dienstbarkeit auf einen anderen Teil des Grundstücks verlegt wird. Die Kosten der Verlegung hat der Eigentümer zu tragen. Auf das Benutzungsverhältnis übertragen bedeutet das, daß das EVU der neuen Straßenführung mit der Leitungsverlegung folgen muß. Die Kosten dafür hat allerdings die Gemeinde zu tragen, es sei denn, im Vertrag ist etwas anderes bestimmt. (U. H o c h e bei P a - l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 1023 Anm. 6)

Die Regelung des § 1023 BGB ist aber eine Ausnahme von dem Grundsatz, daß sich die Ausübung der Dienstbarkeit auf das ganze Grundstück erstreckt (§ 1018 BGB). Der Anwendungsbereich von § 1023 BGB ist deshalb nach allgemeinen Auslegungsregeln eng abzugrenzen. Das steht der Ausdehnung auf obligatorische Gestattungsverträge entgegen. Eine "servitutrechtliche Rechtswohltat" kann nicht in das Schuldrecht übertragen werden. Dies widerspricht dem System des BGB, das zwischen dinglichem und obligatorischem Recht scharf trennt. Deshalb ist das EVU mangels einer ausdrücklichen Vereinbarung nicht verpflichtet, einer geänderten Straßenführung zu folgen (J. E n g e r t : Das Veranlassungsprinzip bei der Kreuzung öffentlicher Straßen, NJW 1964, S. 1550; O. D i t t m a n n bei S t a u d i n g e r : Sachenrecht 2. Teil, § 1023 Anm. 2a; S o e r g e l - S i e b e r t : Bd. II Sachenrecht, § 1023 Anm. 6 (S. 384)).

Verlegt das EVU Leitungen aus eigenem Antrieb, so gilt hinsichtlich der Kostentragung folgendes: Die Gemeinde als Straßenbaulastträger muß die vom EVU verursachten Straßenschäden beseitigen. Einen direkten Anspruch gegen das EVU auf Ersatz ihrer dadurch entstandenen Aufwendungen hat die Gemeinde nicht; denn als Baulastträger besitzt die Kommune keine Rechte und damit auch keine Rechtsposition, in der sie durch das EVU verletzt sein könnte.

Mit der Wiederherstellung der Straße erfüllt der Straßenbaulastträger aber nicht nur eine öffentliche Pflicht, sondern nimmt auch dem an letzter Stelle verpflichteten Störer die Schadenersatzleistung ab. Damit hat der Baulastträger gegen das EVU einen Anspruch auf Aufwendungsersatz gem. § 683 BGB (RGZ Bd. 82 S. 206 ff, 213 vom 26.4.1913). Das Handeln auf Grund öffentlicher Verpflichtungen ist mit der Absicht des Geschäftsführers, sich beim Störer schadlos zu halten, vereinbar (RGZ Bd. 75 S. 276 ff, 283 vom 22.12.1910). Hier haftet also das EVU für die Schäden der Leitungsverlegung. Umgekehrt haftet die Gemeinde, wenn die Verlegung durch sie veranlaßt wurde. (Vgl. Anm. 365 und H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 52, 53).

7. Abschnitt: Die Schiedsklausel

Der Rechtsweg ist erst nach Anrufung
des Schiedsgerichtes zulässig.

A. Die Pflichten der Parteien

Sie bestimmen sich nach den §§ 1025 ff ZPO, die das
schiedsrichterliche Verfahren regeln. Die Parteien sind
danach vor allem zur Ernennung der Schiedsrichter ver-
pflichtet. 368)

Die Schiedsklausel hat zur Folge, daß die Anrufung der
ordentlichen Gerichte bis zum Erlaß eines Schiedsspru-
ches ausgeschlossen ist. Das gilt aber nur, wenn sich
der verklagte Partner des Schiedsvertrages vor Gericht
auf diesen beruft. Geschieht das nicht, so ergeht Sach-
urteil trotz des Schiedsvertrages; denn die Schiedsklau-
sel ist keine von Amts wegen zu beachtende Prozeßvoraus-
setzung, sondern nur ein Prozeßhindernis, eine prozessua-
le Einrede. 369)

Der Schiedsvertrag muß ausdrücklich und schriftlich ge-
schlossen werden. Die Urkunde darf keine weiteren Ver-
einbarungen enthalten. 370)

Diese Formvorschriften haben Gemeinde und EVU zu beachten;
denn die Gemeinde ist kein Vollkaufmann, und nur wenn bei-
den Partnern diese Eigenschaft zukäme, wäre die Schieds-
klausel formlos gültig. 371)

Die Schiedsklausel muß schriftlich abgefaßt und von den
Parteien unterschrieben werden. 372)

368) § 1025 ZPO

369) § 274 Abs. 1 S. 3 ZPO; B a u m b a c h - L a u t e r -
b a c h : Zivilprozeßordnung, Grundzüge vor § 253
Anm. 3 C

370) § 1027 Abs. 1 ZPO

371) § 1027 Abs. 2 ZPO

372) § 126 Abs. 1 BGB

§ 1027 Abs. 1 ZPO verlangt für die Schiedsklausel eine gesonderte Urkunde. Dieses Erfordernis ist aber auch erfüllt, wenn sich die Schiedsklausel zusammen mit dem Hauptvertrag auf einer Urkunde befindet, aber eindeutig von diesem abgesetzt und besonders unterschrieben ist. 373)

B. Der Vertragstyp

Ob der Schiedsvertrag prozeßrechtlicher, privatrechtlicher oder gemischter Natur ist, ist umstritten. Schwab tritt für einen Prozeßvertrag ein, weil die Hauptwirkung des Vertrages, auf die es nach Meinung des Autors allein ankommt, im Prozeßrecht liegt. 374) Die überwiegende Meinung bezeichnet ihn aber zu Recht als "privatrechtlichen Vertrag über prozessuale Beziehungen". 375)

Eine Prozeßhandlung kann er nicht sein, weil diese von einer Partei der anderen und dem Gericht gegenüber abgegeben wird. Dieses Dreiecksverhältnis fehlt beim Abschluß des Schiedsvertrages. Aus demselben Grund kann ihm auch nicht eine gemischte Rechtsnatur zukommen; denn diese liegt nur vor, wenn eine Erklärung zugleich Prozeßhandlung und Rechtsgeschäft ist.

Der Typus des Schiedsvertrages ist nicht eindeutig. Da er auf den ersten Blick nicht unter einen der im besonderen Teil des Schuldrechts normierten Verträge fällt, wird er in der Literatur z.T. als Vertrag eigener Art gemäß § 305 BGB klassifiziert. 376)

373) B a u m b a c h - L a u t e r b a c h : Zivilprozeßordnung, § 1027 Anm. 1 D

374) K. H. S c h w a b in B a u m b a c h - S c h w a b : Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage München und Berlin 1960, S. 54

375) BGHZ Bd. 23 S. 198, 200 vom 30.1.1957; B a u m b a c h - L a u t e r b a c h : Zivilprozeßordnung, § 1025 Anm. 1; F. L e n t : Zivilprozeßrecht, 9. Auflage München und Berlin 1959, S. 256

376) K. S t e r n : Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, S. 310

Zu erwägen ist aber, ob der Schiedsvertrag nicht ein Gesellschaftsvertrag im Sinne des § 705 BGB ist. Der Normalfall dieses Vertragstyps ist er sicher nicht; denn dieser verlangt ein Gesellschaftsvermögen, das den Gesellschaftern zur gesamten Hand gehört (§§ 718, 719 BGB). Es fehlt beim Schiedsvertrag.

Die vermögensrechtlichen Bestimmungen über die Gesellschaft sind aber nicht zwingend. Sie können durch Parteivereinbarungen geändert und abbedungen werden. Das Gesellschaftsvermögen ist zwar ein Kennzeichen der gewöhnlichen Gesellschaft, aber keine notwendige Voraussetzung dafür. 377)

Notwendiges Tatbestandsmerkmal der Gesellschaft ist nach § 705 BGB nur das Vorhandensein einer auf Vertrag beruhenden Personenvereinigung, die einen gemeinsamen Zweck gemeinsam verfolgt. 378)

Diese Merkmale erfüllt die Schiedsklausel. Sie ist ein Vertrag. Dieser bezweckt, Streitigkeiten über den Benutzungsvertrag vor ein nichtstaatliches Gericht zu bringen. Die Parteien sind verpflichtet, zur Erreichung dieses Zweckes zusammenzuwirken, vor allem die Schiedsrichter zu ernennen. 379)

Ob dieses Ziel wirtschaftlicher Natur ist oder nicht, ist für die Annahme eines Gesellschaftsvertrages ohne Bedeutung; denn die Verfolgung eines wirtschaftlichen Zwecks ist für eine Gesellschaft wohl die Regel, aber nicht notwendig. Gegenstand eines Gesellschaftsvertrages kann vielmehr jeder erlaubte Zweck sein.

Die Schiedsklausel ist also ein Gesellschaftsvertrag. 380)

377) A. Hueck: Gesellschaftsrecht, S. 24

378) A. Hueck: Gesellschaftsrecht, S. 22, 23

379) Baumbach - Lauterbach: Zivilprozeßordnung, § 1025 Anm. 3 A

380) So anscheinend auch das Kammergericht im Urteil vom 18.4.1929, Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß Bd. 55, Berlin 1930, S. 328, mit zustimmender Anmerkung von Goldmann

Da ein Gesellschaftsvermögen fehlt, handelt es sich nicht um eine typische, sondern um eine atypische Gesellschaft des BGB, und zwar um eine Außengesellschaft, weil sie Dritten gegenüber, z.B. dem Schiedsgericht, in Erscheinung tritt. 381)

381) A. H u e c k : Gesellschaftsrecht, S. 24;
K. L a r e n z : Schuldrecht Besonderer Teil, S. 284

5. Kapitel: Ergebnis und Folgerungen

=====

1. Abschnitt: Die Qualifizierung des Benutzungsvertrages

Im vorangegangenen Kapitel ³⁸²⁾ wurde erläutert, in welche Vertragstypen sich die einzelnen Klauseln des Benutzungsvertrages einordnen lassen.

Sechs der sieben Klauseln lassen sich teils direkt, teils nur entsprechend unter die Verträge im besonderen Teil des Schuldrechts einreihen. Die dadurch bedingte Trennung der Klauseln darf nicht dazu verleiten, den Benutzungsvertrag als eine Verbindung von Einzelverträgen anzusehen. Vielmehr ist der Gestattungsvertrag ein einheitliches Gebilde, das nur in einzelne Tatbestandstypen zerfällt, die sich nach verschiedenen Vertragsarten richten. ³⁸³⁾

Er ist deshalb ein gemischter Vertrag.

Des weiteren ist für die Charakterisierung des Wegebenutzungsvertrages bedeutsam, in welchem Verhältnis die einzelnen Klauseln zueinander stehen. Je nachdem, ob einer Klausel besondere Bedeutung zukommt oder alle gleichberechtigt nebeneinander stehen, wird auf den Benutzungsvertrag die Absorptions- oder Kombinationstheorie angewendet. ³⁸⁴⁾

Überragende Bedeutung kommt dem Vertragsbestandteil zu, der die Hauptleistung des gesamten Benutzungsvertrages enthält. Auf seiten des EVU wurden verschiedene Pflichten festgestellt, von denen keine auf den ersten Blick besonderes Gewicht hat.

382) Vgl. S. 60

383) Vgl. S. 59

384) Vgl. S. 60

Die Gemeinde auf der anderen Seite ist nur zu einer einzigen Leistung verpflichtet, nämlich ihre Grundstücke dem EVU zur Verfügung zu stellen. Diese Pflicht ist Hauptpflicht der Gemeinde. Sie ist Merkmal der Benutzungsklausel, die als Mietvertrag qualifiziert wurde. Abgestellt auf die Pflichten der Gemeinde ist damit der Mietvertrag Schwerpunkt des Benutzungsvertrages.

Im Austauschverhältnis zu dieser gemeindlichen Leistung steht allerdings nur die Pflicht des EVU zur Zahlung des Mietzinses.

Alle übrigen Verpflichtungen des EVU stehen aber auch zu dieser gemeindlichen Hauptpflicht in Beziehung. Sie hängen mit ihr derart zusammen, daß sie keine unentgeltlichen Verpflichtungen sind, sondern in Verbindung mit dem Benutzungsrecht unvollkommen zweiseitige Verträge bilden.

Die Pflichten des EVU konzentrieren sich also alle auf die Hauptpflicht der Gemeinde. Sie stellen wirtschaftlich gesehen mit den Benutzungsentgelten die Gegenleistung für die Grundstücksüberlassung dar. Damit ist der Mietvertrag als Hauptvertrag anzusehen. Der Benutzungsvertrag richtet sich deshalb grundsätzlich nach den §§ 535 ff BGB. ³⁸⁵⁾

Die Folgerungen, die aus der Qualifizierung der Benutzungsklausel als Mietvertrag abgeleitet wurden, gelten entsprechend für den gesamten Benutzungsvertrag. ³⁸⁶⁾ Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist nur anzunehmen, wenn es die Eigenheit des Benutzungsvertrages verlangt. Das besondere

385) So K. Z i m m e r m a n n : BayStrWG, Art. 22 Anm. 11 und die Rechtsprechung des Reichsgerichts über die Kleinbahnverträge. RGZ Bd. 40 S. 280 vom 13.12.1897; RGZ Bd. 55 S. 297 vom 19.5.1903; RGZ Bd. 88 S. 15 vom 11.1.1916; a.A. K. S t e r n : Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages, S. 310; H. F i s c h e r h o f : Rechtsfragen der Energiewirtschaft, S. 69; H e n k e - M ü l l e r - R u m p f : Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, S. 121

386) Vgl. S. 68 ff

Merkmal des Benutzungsvertrages ist, daß er die Rechtsgrundlage der EVU bildet und deshalb die Sicherung der öffentlichen Energieversorgung von der Aufrechterhaltung dieses Vertrages abhängt. Aus diesem Grunde berührt der Benutzungsvertrag neben den Parteiinteressen auch das öffentliche Interesse.³⁸⁷⁾ Diese Tatsache kann bei seiner rechtlichen Behandlung eine Abweichung vom Mietrecht erfordern.

Demnach ist folgendes Ergebnis festzustellen:

1. Der Benutzungsvertrag ist privatrechtlicher Natur. Er unterliegt der Zivilgerichtsbarkeit.
2. Der Benutzungsvertrag mit Ausnahme der Übernahmeklausel bedarf nur der Schriftform.
3. Die Übernahmeklausel kann nur von einer AG oder KGaA als Vermögensübertragungsvertrag geschlossen werden. Dieser ist notariell zu beurkunden und muß die Zustimmung einer Dreiviertelmehrheit des in der Hauptversammlung vertretenen Grundkapitals finden.
4. Der Benutzungsvertrag ist jederzeit aus wichtigem Grunde fristlos kündbar.

Die Anzahl der Kündigungsgründe wird durch das öffentliche Interesse am Benutzungsvertrag stark eingeengt. Nur derart gravierende Vertragsverstöße, bei denen das Interesse des öffentlichen Interesse an einer gesicherten Versorgung überwiegt, berechtigen zur fristlosen Kündigung.

Deshalb kommt nur ein Parteiverhalten als Kündigungsgrund in Frage, das den vertraglichen Hauptpflichten diametral entgegensteht, etwa die Nichtgewährung des Gebrauchs durch die Gemeinde. Das EVU kann seine Leitungen nicht mehr verlegen, wenn es in der Grundstücksbenutzung behindert wird. Der Absatz des EVU ist nicht mehr gesichert. Es muß deshalb den Benutzungsvertrag, der es auch zur Versorgung verpflicht-

³⁸⁷⁾ Vgl. S. 39 f

tet, auflösen können. Dieser Kündigung steht das öffentliche Interesse an einer gesicherten Energieversorgung nicht entgegen; denn durch das Verhalten der Kommune ist die Energielieferung von Anfang an in Frage gestellt. Die Kündigung des Vertrages stellt also nur noch fest, was praktisch schon eingetreten ist, nämlich die Aufhebung des Benutzungsvertrages. Einer derartigen "deklatorischen" Kündigung kann aber das öffentliche Interesse nicht entgegenstehen.

Dazu kommt, daß die kommunale Aufsichtsbehörde durch die formale Aufhebung des Vertrages auf die Versorgungsnotlage aufmerksam gemacht wird und die Gemeinde zur Erfüllung ihrer Versorgungspflicht anhalten kann. Auf diese Art berücksichtigt deshalb sogar diese Kündigungsmöglichkeit das öffentliche Interesse an einer gesicherten Energieversorgung.

Aber auch in diesem Fall ist der Gemeinde vom EVU eine Abhilfefrist zu setzen. Wenn § 542 BGB dies schon für den gewöhnlichen Mietvertrag bestimmt, gilt dies erst recht für den Benutzungsvertrag, weil an seiner Wirksamkeit ein öffentliches Interesse besteht. § 542 ist also anwendbar.

§ 554 BGB behandelt die Verletzung der Hauptpflicht des Mieters, die Nichtzahlung des Mietzinses. Auch dieses Verhalten steht den Vertragspflichten genau entgegen und ist damit erheblich im obigen Sinne. Im Gegensatz zum Kündigungsgrund der Gebrauchsbehinderung wird die Energieversorgung selbst durch den Verstoß gegen die Zahlungspflichten nicht berührt. Durch diese Kündigung würde vielmehr eine technisch gesicherte Energieversorgung beeinträchtigt. Das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung des Benutzungsvertrages setzt sich gegenüber dieser miethrechtlichen Kündigungsmöglichkeit durch, besonders deswegen, weil der gemeindliche Haushalt auf die Mietzahlungen nicht angewiesen ist. Zahlungsverzug allein, auch wenn er mehr als zwei Raten umfaßt, ist kein wichtiger Kündigungsgrund. Die Gemeinde ist auf die Leistungsklage beschränkt.

Nach § 553 BGB ist der Vermieter zur fristlosen Kündigung berechtigt, wenn der Mieter die ihm bezüglich der Mietsache obliegenden Obhutspflichten verletzt. Hierbei handelt es sich nicht um einen Verstoß gegen vertragliche Hauptpflichten, sondern gegen Nebenpflichten. Derartige Verstöße sind nicht gravierend. § 553 BGB ist also nicht anwendbar.

Dagegen gilt § 567 BGB für den Benutzungsvertrag; denn hierbei handelt es sich nicht um eine sofortige Auflösung des Vertrages, auf die der Partner sich nicht vorbereiten könnte. Vielmehr weiß jede Partei, daß der Vertrag nach 30 Jahren abläuft und kann die entsprechenden Maßnahmen treffen. Dadurch kann die weitere Energieversorgung der Bevölkerung gesichert werden. Deshalb scheidet die Wahrung öffentlicher Interessen bei der Prüfung der Anwendbarkeit dieser Vorschrift aus. Damit sind nurmehr die Parteiinteressen zu berücksichtigen. Sie werden, wie festgestellt, ³⁸⁸⁾ durch § 567 BGB nicht verletzt.

5. Die Gemeinde erwirbt kein Pfandrecht an den verlegten Versorgungsleitungen, weil sie dem EVU nicht gehören.
6. Bei Wechsel des Straßeneigentums tritt der Rechtsnachfolger in sämtliche Pflichten der Gemeinde aus dem Benutzungsvertrag ein.

2. Abschnitt: Die Sicherung des EVU

A. Die rechtlichen Möglichkeiten

Das Ergebnis der rechtlichen Würdigung des Benutzungsvertrages zeigt, daß die Stellung des EVU im Vergleich zu der der Gemeinde ziemlich schwach ist.

Das Energienetz vor allem ist stark risikobehaftet. Es ist wegen der großen Kapitalkosten, die es verursacht, nicht nur betriebswirtschaftlich ein hinderndes Kostenelement, es ist auch juristisch gesehen die unsicherste Betriebsanlage.

Das Verteilungsnetz liegt auf fremdem Grund und gehört nicht dem EVU. Das Unternehmen hat nur ein obligatorisches Recht, den fremden Grund zur Leitungsverlegung zu benutzen. Dieses Recht ist im Benutzungsvertrag begründet. Der Benutzungsvertrag ist aber kündbar, und zwar auf jeden Fall nach 30 Jahren, aber auch schon vorher, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. In gleicher Weise ist auch das Benutzungsrecht des EVU von der Aufhebung bedroht. Der Grundeigentümer kann nach der Kündigung des Benutzungsvertrages die auf seinem Boden liegenden Versorgungsleitungen entfernen. Das EVU ist damit von seinen Kunden abgeschnitten, sein Absatz ist blockiert.

Der Gefahr, daß das Benutzungsrecht durch Kündigung aufgehoben wird, kann das EVU dadurch begegnen, daß es sich

sein Benutzungsrecht dinglich sichert. 389) Ein dingliches Recht besteht aus einer Rechtsbeziehung zwischen dem Berechtigten und dem betreffenden Gegenstand, die gegenüber jedermann wirkt. Eine dritte Person kann in dieses Rechtsverhältnis nicht eingreifen, es also auch nicht kündigen.

Ein Anspruch auf dingliche Sicherung seines Benutzungsrechtes steht dem EVU aus dem Benutzungsvertrag nicht zu.

389) Nach Abschnitt III Abs. 3 der AVB sind zwar Abnehmer, die zugleich Grundstückseigentümer sind, verpflichtet, Leitungen auf ihren Grundstücken zuzulassen, und diese Verpflichtung auf ihre Rechtsnachfolger zu übertragen. Da den AVB Gesetzescharakter zukommt (vgl. S. 35 Anm. 81), ist ihnen jeder Abnehmer unterworfen. Sie gelten also auch für die Gemeinde, wenn sie Stromabnehmer ist.

Diese Duldungspflicht ist aber aus folgenden Gründen unzureichend: Einmal ist ihr Umfang zweifelhaft. Soll die Duldungspflicht nur das Grundstück belasten, auf dem Energie abgenommen wird oder sich auf alle Grundstücke des Abnehmers erstrecken? Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, inwieweit in der Duldungspflicht der AVB eine gem. Art. 14 Abs. 3 GG unzulässige Enteignung zu sehen ist.

Setzt man davon aus, daß die Enteignung einen Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz enthält, so ist die Duldungspflicht dann eine Enteignung, wenn der damit belastete Grundeigentümer im Vergleich zu anderen Grundeigentümern besonders betroffen ist (BGHZ Bd. 6 S. 270, 280 vom 10.6.1952). Das kann für solche Grundstücke eines Abnehmers zutreffen, die in keinem wirtschaftlichen Zusammenhang mit der Stromversorgung stehen, die dem Abnehmer vielmehr im Verhältnis zum Strombezugsvertrag nur "zufällig" gehören. Im Vergleich zu anderen Abnehmern werden Abnehmer mit derartigem Grundbesitz besonders betroffen (BGHZ Bd. 9 S. 390 ff, 400 vom 6.10.1952)

Außerdem kann die Gemeinde zur Eigenversorgung übergehen, womit die Gestattungspflicht nach den AVB entfällt, weil die Gemeinde dann nicht mehr Stromabnehmer des EVU ist (vgl. hierzu P. G i e s e c k e : Leitungen auf fremden Grundstücken, Festschrift für J.W. Hedemann, Berlin 1958, S. 112).

Ob sich das EVU mit dem bestehenden schuldrechtlichen Gestattungsvertrag begnügen muß oder daneben ein dingliches Benutzungsrecht fordern und im Wege der Enteignung³⁹⁰⁾ durchsetzen kann, wenn der Eigentümer nicht freiwillig ein dingliches Nutzungsrecht einräumt, ist umstritten.

Gegner einer Verdinglichung der Nutzungsrechte an öffentlichen Grundstücken stellen vor allem auf die Besonderheit der Eigentümerin der in Anspruch genommenen Grundstücke ab. Sie argumentieren, die Gemeinde, als öffentlich-rechtliche Körperschaft mit Hoheitsaufgaben betraut, biete im Gegensatz zu privatrechtlichen Grundstückseigentümern ausreichend Gewähr für die Einhaltung ihrer Pflichten aus dem Benutzungsvertrag.³⁹¹⁾ Eine dingliche Sicherung der EVU sei weiter deshalb nicht nötig, weil davon ausgegangen werden müsse, daß der Eigentümer des benutzten Grundstückes nicht wechseln werde. Wenn ausnahmsweise die Gemeinde doch eines ihrer Grundstücke veräußern sollte, so entstünden auch hierdurch keine Gefahren für das Benutzungsrecht des EVU; denn die dinglichen wie obligatorischen Rechte an Grundstücken öffentlich-rechtlicher Körperschaften seien in Liegenschaftsbüchern eingetragen. Diese würden beim Verkauf eines Grundstücks mit herangezogen, so daß auch obligatorische Leitungsrechte nicht vergessen, sondern auf den Käufer übertragen werden könnten.³⁹²⁾ Schließlich habe die Gemeinde

390) Rechtsprechung und Literatur setzen sich mit der Frage der Erforderlichkeit eines dinglichen Benutzungsrechts vor allem in Enteignungsverfahren auseinander. Denn jede Enteignung - auch die nach dem einschlägigen § 11 EnergG - setzt wegen der verfassungsrechtlichen Eigentumsgarantie und des verwaltungsrechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit voraus, daß das Leitungsrecht nicht ebensogut durch einen schuldrechtlichen Vertrag begründet werden kann.

391) J. E n g e r t : Die Kreuzung öffentlicher Straßen durch unterirdische Fernleitungen nach neuem Wege-recht, NJW 1964 S. 1300 ff, 1302

392) Bundesverwaltungsgericht, Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR) 1962, S. 329 ff vom 27.9.1961

selbst die Pflicht, die ausreichende Versorgung ihrer Bürger mit Energie zu sichern, 393) weshalb sie einen einmal abgeschlossenen Benutzungsvertrag nicht kündigen werde. 394)

Dementsprechend sind in der Praxis die Benutzungsverträge zwischen Gemeinden und EVU rein schuldrechtlicher Art. 395)

Auch die neuere Verwaltungsrechtsprechung scheint die Notwendigkeit einer dinglichen Sicherung der Benutzungsverträge zwischen EVU und Gemeinden abzulehnen. 396)

393) Vgl. S.31 Anm. 75

394) F. G i e s e c k e : Leitungen auf fremden Grundstücken, Festschrift für J. W. Hedemann, S. 101: Zwischen Gemeinden und EVU werden über deren Benutzung der Gemeindestraßen nur schuldrechtliche Verträge geschlossen.

395) Vgl. Anm. 394)

396) In verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen (Bundesverwaltungsgericht, MDR 1962 S. 329 vom 27.9.1961; Landesverwaltungsgericht Düsseldorf vom 28.1.1959; Az: 4 K 3252/58 und Landesverwaltungsgericht Münster vom 23.10.1959 Az: 1 K 52/59) wurde die Belastung öffentlicher Straßen durch Grunddienstbarkeiten zur Leitungsverlegung abgelehnt, soweit den Versorgungsunternehmen von den Gemeinden die Einräumung obligatorischer Benutzungsrechte angeboten wurde (Die Entscheidung des Obergerichtsgerichts Münster vom 21.12.1962, Die Öffentliche Verwaltung (DÖV) 1963 S. 349 ff, die zum Teil auch in diesem Zusammenhang zitiert wird - z.B. von F. S c h a c k : Enteignung öffentlicher Wege zugunsten von Versorgungsunternehmen NJW 1963 S. 1905; W. H a m m e r : Rechtspflicht zur Duldung fremder Versorgungsleitungen, MDR 1965 S. 8 ff, 11 - lehnt die Bestellung einer Grunddienstbarkeit nicht aus Mangel an Erfordernis ab, sondern weil eine öffentlich-rechtliche Genehmigung fehlte. Sie stützt also nicht die Auffassung, ein dingliches Benutzungsrecht sei neben einem obligatorischen überflüssig).

Die Bestellung von Grunddienstbarkeiten für Leistungsrechte ist danach nur an Privatgrundstücken zulässig, gleichgültig, ob der Eigentümer ein obligatorisches Benutzungsrecht gewähren will oder nicht. Hauptfall der dinglich gesicherten Leitungsrechte sind deshalb die querfeldein verlaufenden Überlandleitungen, da sie über Grundstücke privater Eigentümer führen (P. G i e s e c k e : Leitungen auf fremden Grundstücken, Festschrift für J.W. Hedemann, S. 102).

Es scheint jedoch fraglich, ob die Form der in der gegenwärtigen Praxis abgeschlossenen Benutzungsverträge der Interessenlage der EVU gerecht wird. Zwar ist die langjährige praktische Handhabung auch eines juristischen Problems meist ein Indiz für ihre Bewährung und Richtigkeit. Andererseits sollte aber die Lösung jeder Frage fortentwickelt werden und nicht auf dem einmal erreichten Stand stehen bleiben.

Demnach ist eine objektive Beurteilung der gegen eine Verdinglichung vorgebrachten Gründe angebracht:

Die Behauptung, Straßengrundstücke unterlägen keinem Eigentumswechsel, ³⁹⁷⁾ ist nur dann richtig, wenn damit zum Ausdruck gebracht werden soll, daß die Gemeinde ihre Straßen nicht wie sonstige Privatgrundstücke nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts veräußert. Nach Straßenrecht kann sich nämlich ein Eigentumswechsel am Straßengrund häufig ergeben. Er erfolgt unabhängig vom Willen der Gemeinde immer dann, wenn sich die Verkehrsbedeutung der Straße ändert. Das kann gegenwärtig, da sich die wirtschaftlichen Ballungsräume verschieben, öfters der Fall sein.

Falls eine Gemeindestraße nicht mehr nur dem innerörtlichen, sondern dem überörtlichen Verkehr dient, muß sie - z.B. zur Kreisstraße - aufgestuft werden. Mit dem Aufstufungsakt geht das Straßeneigentum auf den Kreis über. ³⁹⁸⁾

Der Eigentumswechsel von Straßengrund hängt also nicht wie bei Privatgrundstücken vom Willen des Eigentümers, sondern von der Änderung der Verkehrsbedeutung der Straßen ab. Das EVU ist deshalb in gewisser Hinsicht gegen einen Wechsel des Straßeneigentums weniger gesichert, als gegen eine Ver-

397) Um dieses Argument beurteilen zu können, sei unterstellt, § 571 BGB sei auf den Benutzungsvertrag nicht anwendbar. Anderenfalls wäre das EVU vor dem Eigentumswechsel als solchem geschützt (vgl. S. 92 ff, 140). Die von der Literatur im Zusammenhang hiermit aufgeworfenen Probleme wären nicht vorhanden.

398) Vgl. S. 92 Anm. 267 - 269

äußerung von Privatgrund. Denn bei letzterem kann sie versuchen, den Verkäufer umzustimmen. Bei Straßengrundstücken hängt der Eigentumswechsel allein von der unbeflußbaren objektiven Verkehrslage ab.

Ein Wechsel des Straßeneigentums kann sich auch nach gemeinderechtlichen Vorschriften vollziehen. Bei einer Änderung von Gemeindegrenzen, vor allem bei Eingemeindungen, geht das Straßeneigentum der übergebenden auf die übernehmende Körperschaft über. ³⁹⁹⁾ Auch in diesen, im Zuge der Verwaltungsvereinfachung ⁴⁰⁰⁾ sich häufenden Fällen, hat der Vertragspartner des EVU, die Gemeinde, auf den Eigentumswechsel letztlich keinen Einfluß. Die Eigentumsänderung hängt vom Ermessen der zuständigen mittleren und oberen Verwaltungsbehörden ab, ⁴⁰¹⁾ zu denen die EVU auf Grund des Benutzungsvertrages keinerlei Rechtsbeziehungen haben.

Bei einem Eigentumswechsel ist das EVU auch nicht durch Eintragung der obligatorischen Nutzungsrechte in ein Liegenschaftsbuch geschützt. Denn in Bayern wird für Straßen kein Liegenschaftsbuch geführt. In den Bestandsverzeichnissen sind nur die Straßengrundstücke eingetragen. Diese Verzeichnisse geben keinen Aufschluß über die näheren Rechtsverhältnisse dieser Grundstücke.

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts, die mit Hinweis auf die Liegenschaftsbücher die Notwendigkeit einer dinglichen Sicherung ablehnt, ⁴⁰²⁾ behandelt das Leitungsrecht an einer im Eigentum des Bundes stehenden öffentlichen Wasserstraße. Nur die Grundstücke, mit denen

399) Vgl. S. 96 ff

400) Zu erwähnen sind in diesem Zusammenhang Bestrebungen des Bayer. Innenministeriums, die kreisfreien Städte unter 24 000 Einwohnern "einzukreisen".

401) Art. 12 Abs. 1 Ziff. 2, 3 GO

402) Vgl. S. 143 Anm. 392

sich diese Entscheidung befaßt, waren in ein Liegenschaftsverzeichnis eingetragen. Allein wegen dieser besonderen Verhältnisse wurde eine dingliche Sicherung des Leitungsrechts abgelehnt.⁴⁰³⁾ Die Entscheidung ist deshalb nicht zu verallgemeinern,⁴⁰⁴⁾ also auf die Sicherung des Wegebenutzungsvertrages nicht anwendbar. Damit ist das Argument, eine dingliche Sicherung sei nicht nötig, weil mit einem Wechsel des Eigentums am Straßengrundstück kaum zu rechnen sei, und das EVU auch in derartigen Fällen geschützt sei, widerlegt.

Ebensowenig hält der zuerst angeführte Grund einer näheren Betrachtung stand. Auch wenn die Gemeinde ihre Pflichten aus dem Benutzungsvertrag ordentlich erfüllt, ist kein EVU davor sicher, daß der Benutzungsvertrag nach 30 Jahren oder bei Vorliegen eines wichtigen Grundes mit sofortiger Wirkung gekündigt wird. Dieses Kündigungsrecht ist der Gemeinde gesetzlich zugesichert.⁴⁰⁵⁾ Eine Vorschrift, die der Gemeinde die Geltendmachung dieses Rechts verwehrt, ist nicht ersichtlich. Auch die Stellung der Gemeinde als Hoheitsträger ändert daran nichts. Als solche hat sie lediglich das Wohl ihrer Bürger zu fördern und das Gemeindevermögen zu erhalten.⁴⁰⁶⁾ Daraus folgt aber nicht, daß sie zu einem besonderen sozialen Verhalten gegenüber dem EVU bei fiskalischer Tätigkeit verpflichtet ist. Deshalb kann die Gemeinde durchaus gesetzmäßig handeln, wenn sie im Einzelfall nach einer Kündigung des Benutzungsvertrages die Versorgung selbst übernimmt, weil sie dabei einen finanziellen Vorteil erzielen kann. Auch dieses Argument überzeugt also nicht.

403) Bundesverwaltungsgericht, MDR 1962 S. 329 vom 27.9.1961

404) W. H a m m e r : Rechtspflichten zur Duldung fremder Versorgungsleitungen, MDR 1965 S. 11

405) Vgl. S. 138

406) Art. 57 Abs. 1; 61 Abs. 1 GO

Endlich wird behauptet, die Gemeinde selbst sei für die Versorgung ihrer Bürger verantwortlich und werde deshalb einen Benutzungsvertrag nicht kündigen. Dieses Argument ist mit dem vorigen verwandt und mit dessen Widerlegung ebenfalls erschüttert. Die Gemeinde wird am Bestand eines Benutzungsvertrages kein Interesse mehr haben, wenn sie sich durch eine Übernahme der Energieversorgung in eigene Regie finanzielle Vorteile errechnet. Sie wird in einer derartigen Situation einen vorhandenen Benutzungsvertrag zum frühesten Zeitpunkt zu kündigen versuchen.

Es zeigt sich also, daß die Gründe, die einer dinglichen Sicherung der Leitungsrechte bis jetzt mit Erfolg entgegengehalten wurden, nicht stichhaltig sind. Deshalb sind Leitungsrechte an gemeindlichen Grundstücken genauso dinglich zu sichern, wie das die allgemeine Meinung bei Privatgrundstücken für notwendig hält. ⁴⁰⁷⁾ Das EVU braucht sich mit einem schuldrechtlichen Benutzungsrecht nicht zu begnügen, da es aus wirtschaftlichen Gründen auf ein langfristig unkündbares Nutzungsrecht angewiesen ist. Den wirtschaftlichen Anforderungen hinsichtlich Bestand und Dauer des Nutzungsrechts kann nur eine dingliche Rechtstellung gerecht werden. Nur sie macht den Berechtigten vom Vertragspartner unabhängig, indem sie unmittelbare Beziehungen zwischen ihm und dem Rechtsobjekt knüpft. ⁴⁰⁸⁾

Diese Auffassung scheint auch der BGH in seiner Entscheidung vom 11.7.1962 ⁴⁰⁹⁾ zu vertreten. Hier waren die Eigentumsverhältnisse von Versorgungsleitungen zu beurteilen, die ein EVU in eine Straße verlegt hatte, die ihm zur Zeit

407) Vgl. S. 144 Anm. 396, S.28 Anm. 68

408) J. E n g e r t : Die Kreuzung öffentlicher Straßen durch unterirdische Fernleitungen, NJW 1964 S. 1300 ff, 1303; W. H a m m e r : Rechtspflichten zur Duldung fremder Versorgungsleitungen, MDR 1965 S. 8 ff, 11

409) NJW 1962 S. 1817 ff; ähnlich OLG Düsseldorf vom 23.11.1962, Rechtsbeilagen der Elektrizitätswirtschaft 1963 S. 35, 36

der Verlegung gehörte, später aber einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft zufiel. Der BGH erklärte, daß die Versorgungsleitungen wesentliche Grundstücksbestandteile seien, ⁴¹⁰⁾ wenn nicht § 95 BGB eingriffe, was hier nicht der Fall sei. Damit gehörten die Leitungen u.U. verschiedenen Grundstückseigentümern, ein "den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs zuwiderlaufendes Ergebnis". ⁴¹¹⁾ Um es zu vermeiden, müßte dem EVU ein dingliches Recht eingeräumt werden, und zwar dasselbe, das es "haben würde, wenn es gegenüber einer Weigerung der Straßeneigentümerin, ihr die Benutzung des Straßenkörpers zu gestatten, den Enteignungsweg beschritten hätte." ⁴¹¹⁾

Zwar widerspricht diese Auffassung nicht direkt den oben genannten verwaltungsgerichtlichen Entscheidungen, denn dort wurde die Gewährung eines schuldrechtlichen Benutzungsrechts unterstellt, hier offenbar vom Gegenteil ausgegangen. Immerhin ist klar gesagt, daß ein Leitungsrecht dinglich zu sichern sei. ⁴¹²⁾

Nachdem so die Notwendigkeit einer dinglichen Sicherung des Nutzungsrechts des EVU begründet wurde, ist zu erläutern, welche Rechte des EVU aus dem Benutzungsvertrag gesichert werden sollen, und welche sachenrechtlichen Institutionen dafür in Frage kommen. Zuletzt ist auf die formelle Begründung des zu bestellenden Rechtes einzugehen.

Das Benutzungsrecht des EVU ist im Benutzungsvertrag wie folgt typisiert:

Die Gemeinde gestattet dem EVU die Verlegung seiner Versorgungsleitungen in ihren Grund und Boden und verpflichtet sich, keinem anderen EVU während der Vertragsdauer die Benutzung ihres Grundeigentums zu erlauben. ⁴¹³⁾

410) Vgl. S. 90

411) BGH NJW 1962 S. 1818

412) Ebenso legt J. E n g e r t das Urteil aus: Die Kreuzung öffentlicher Straßen durch unterirdische Fernleitungen, NJW 1964 S. 1303

413) Vgl. S. 34

Andere Rechte des EVU, die verdinglicht werden könnten, enthält der Benutzungsvertrag nicht.

Für die Sicherung des Rechts, Leitungen in fremden Grund zu verlegen, kommt nur eine Dienstbarkeit in Frage. 414) Schon bei Schaffung dieser Institution war man sich darüber einig, daß sie die geeignetste Rechtsform für ein Leitungsrecht sei. 415)

Das BGB kennt drei Arten der Dienstbarkeit: Die Grunddienstbarkeit, den Nießbrauch und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit.

Der Nießbrauch an einem Grundstück berechtigt denjenigen, zu dessen Gunsten er bestellt ist, alle Nutzungen aus dem Grundstück zu ziehen. 416) Er umfaßt in der Regel die Benutzung des Grundstücks in allen Beziehungen. Von der Gesamtheit der Nutzungen können zwar einzelne ausgeschlossen werden, jedoch muß auch nach einer solchen Einschränkung dem Berechtigten noch eine Vielzahl von Nutzungen verbleiben, und nicht etwa verschiedene Einzelnutzungen allein. 417)

Das EVU will die Gemeindestraßen aber nur zur Leitungsverlegung benutzen und sich dafür seine Monopolstellung sichern. Die Bestellung eines Nießbrauches kommt deshalb nicht

414) Eine Reallast scheidet aus, weil sie ein Leisten oder Handeln des Eigentümers des dienenden Grundstückes beinhaltet und nicht für ein Dulden oder Unterlassen bestellt werden kann (U. H o c h e bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 1105 Anm. 4 a)

415) P. G i e s e c k e : Leitungen auf fremden Grundstücken, Festschrift für J.W. Hedemann, S. 95. Bereits das klassische römische Recht kannte als eine der vier Felddienstbarkeiten den aquae ductus (H. E i c h l e r : Institutionen des Sachenrechts, 2. Band, 2. Halbband, Berlin 1960, S. 564). Das BGB hat Namen und Inhalt der Rechte dem römischen Recht entlehnt.

416) § 1030 Abs. 1 BGB

417) U. H o c h e bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 1030 Anm. 4 b; J. R i n g bei S t a u d i n g e r : Sachenrecht 2. Teil, § 1030, Rd.Nr. 13; H. W e s t e r m a n n : Sachenrecht, 5. Aufl. Karlsruhe 1966, S. 607

in Frage. Damit bleiben zur Sicherung des Leitungsrechts nur die Grunddienstbarkeit und die beschränkte persönliche Dienstbarkeit übrig. Damit sind die betreffenden Gemeindestraßen zu belasten.

Der öffentlich-rechtliche Charakter der Straße schließt die Bestellung einer Dienstbarkeit nicht aus. Das wäre nur dann anzunehmen, wenn der öffentliche Zweck der Straße mit der Dienstbarkeit unvereinbar wäre. Das trifft aber nicht zu: Denn wie ausgeführt, 418) beeinträchtigt die Benutzung der Straße zur Leitungsverlegung ihren öffentlich-rechtlichen Gemeindegebrauch nicht, mit der Folge, daß der Benutzungsvertrag zum Bereich des Privatrechts gehört. Dasselbe muß auch für die Verdinglichung des Nutzungsrechts gelten. Der Benutzungsumfang wird dadurch ja nicht verändert, sondern nur die rechtliche Qualität des Benutzungsrechts verbessert. Das aber kann auf die Frage der Gemeinverträglichkeit des Benutzungsrechts keinen Einfluß haben, da sich diese wesensgemäß nur nach den tatsächlichen, nicht nach den rechtlichen Einwirkungen richten kann. 419)

418) Vgl. S. 48,49

419) So allerdings ohne nähere Begründung, die einhellige Meinung der Literatur: RGR-Kommentar: Sachenrecht III. Bd. 2. Teil, 11. Aufl. Berlin 1963, § 1018 Rd.Nr. 9; U. H o c h e bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch § 1018 Anm. 2; W o l f f - R a i s e r : Sachenrecht, 10. Bearbeitung Tübingen 1957, S. 433 Anm. 5; S o e r g e l - S i e b e r t : Bürgerliches Gesetzbuch III. Bd. Sachenrecht, Stuttgart 1960, § 1018, Rd.Nr. 2 (Die im RGR-Kommentar aaO, als Stütze für seine Ansicht zitierte Entscheidung des Bayer. Obersten Landesgerichtes in JW 1927 S. 797 behandelt allerdings einen anderen Fall. Sie befaßt sich nur mit dem Erwerb einer Grunddienstbarkeit an einer öffentlichen Straße nach gemeinem Recht. Ähnliches gilt für die von U. H o c h e bei P a l a n d t aaO. genannte Entscheidung des RGZ Bd. 105, S. 180 ff vom 26.9.1927. Sie untersucht den Erwerb einer Fischereigerechtigkeit an einem öffentlichen Fluß nach altem preußischen Recht).

Um zu entscheiden, ob Grunddienstbarkeit oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit oder beide Rechte das beschriebene Nutzungsrecht sichern können, ist ihr Wesen zu erläutern:

Grunddienstbarkeit und beschränkte persönliche Dienstbarkeit sind Spielarten derselben Rechtsform. Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann alles und nur das sein, was auch Inhalt der Grunddienstbarkeit sein kann. 420) Mit dem Ausdruck "sonstige Befugnis" soll der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kein weiterer Inhalt gegeben werden als der Grunddienstbarkeit. 421)

420) So der Wortlaut von § 1090 Abs. 1 BGB und die herrschende Lehre: W o l f f - R a i s e r : Sachenrecht, S. 439; H. W e s t e r m a n n : Sachenrecht, S. 615; W. E r m a n n : Handkommentar zum BGB, 3. Aufl. 2. Bd. Münster 1962, § 1090 Anm. 3; S o e r - g e l - S i e b e r t : Bürgerliches Gesetzbuch 3. Band Sachenrecht, § 1090 Anm. 1; H. E i c h l e r : Institutionen des Sachenrechts, 2. Bd. 2. Halbband, S. 602.

421) J. R i n g bei S t a u d i n g e r : Sachenrecht, 2. Teil 11. Auflage, § 1090 Rd.Nr. 4. In den Voraufgaben wurde dem Begriff der sonstigen Befugnis eigene Bedeutung dadurch beigemessen, daß hierunter Benutzungsarten gezählt wurden, die nicht Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein konnten. Diese Auffassung widerspricht aber dem Wortlaut von § 1090 Abs. 1 BGB, nach dem eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit nur eine solche Befugnis beinhalten kann, die auch Gegenstand einer Grunddienstbarkeit sein kann.

Die inhaltliche Kongruenz der beiden Rechte wird gegenwärtig nur noch vom RGR-Kommentar: Sachenrecht III. Bd. 2. Teil, § 1090 Rd.Nr. 6 bestritten. Hier wird behauptet, der Ausschluß der Ausübung eines gesetzlichen Benutzungsrechtes eines Grundstückes kann nicht Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit sein, da ein derartiges Recht wesensmäßig nur zu Gunsten eines Grundstückes bestellt sein könne, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit aber kein herrschendes Grundstück voraussetze. Dieser restriktiven Auslegung des § 1090 BGB wird die weite Fassung der Vorschrift, die sie durch den Begriff der "sonstigen Befugnis" erlangt, entgegengehalten. Sie gestattet, daß hinsichtlich des Vorteils der Grunddienstbarkeit die Person des Berechtigten an die Stelle des Grundstückes tritt (J. R i n g bei S t a u d i n g e r : Sachenrecht 2. Teil, § 1090 Rd.Nr. 2).

Forts. s. nächste Seite

Der einzige Unterschied der beiden Institutionen ist, daß Rechtsträger der Grunddienstbarkeit nur der jeweilige Eigentümer eines Grundstückes sein kann, während bei der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit als Rechtssubjekt auch eine Person ohne Beziehung zu einem herrschenden Grundstück in Frage kommt. 422)

Der gemeinsame Inhalt der Dienstbarkeiten kann darin bestehen, das dienende Grundstück zu benutzen, darauf gewisse Handlungen nicht vorzunehmen oder auf die Ausübung bestimmter Rechte zu verzichten. 423)

Die Grunddienstbarkeit schränkt das Eigentumsrecht nur hinsichtlich der tatsächlichen Grundstücksbenutzung ein. 424) Deshalb muß sich die Beschränkung im tatsächlichen Gebrauch 425), in der tatsächlichen Beschaffenheit des Grund-

Forts. v. Fußnote 421)

Das Erfordernis eines Vorteils für das herrschende Grundstück bei der Grunddienstbarkeit im Gegensatz zur beschränkten persönlichen Dienstbarkeit kann m.E. gar nichts gegen die Inhaltsgleichheit der beiden Institutionen besagen. Es bedeutet nur eine besondere Regelung der Zuständigkeit des wesensmäßig gleichen Rechtes, wie sie sonst durch einen eigenen Vertrag bestimmt werden kann (vgl. H. Westermann: Sachenrecht, S. 609). So lassen sich z.B. die Rechte aus einem Kaufvertrag vom Käufer auf einen vertraglich bestimmten Dritten übertragen. (Vertrag zugunsten Dritter).

422) J. Ring bei Staudinger: Sachenrecht 2. Teil, § 1090 Rd.Nr. 1

423) § 1018 BGB

424) H. Eichler: Institutionen des Sachenrechts, 2. Band, 2. Halbband, S. 589

425) Als Begründung dafür, daß die Grunddienstbarkeit nur Handlungen tatsächlicher Art beinhalten kann, wird angeführt, die Grunddienstbarkeit schränke die dem Eigentümer gem. "§ 903 BGB gewährten Rechte, mit dem Grundstück nach Belieben zu verfahren", ein (RGR-Kommentar: Sachenrecht III. Band 2. Teil, § 1018 Rd.Nr. 20), woraus "ohne weiteres" folge (BGHZ Bd. 29 S. 244 vom 30.1.1959), daß sich die Einschränkungen auf tatsächliche Handlungen beziehen müßten.

§ 903 BGB berechtigt den Eigentümer aber nicht nur zu tatsächlichen, sondern auch zu rechtlichen Verfügungen über sein Grundstück (U. Hocke bei Palandt: Bürgerliches Gesetzbuch, § 903 Anm. 2). Eine Beschränkung der in § 903 BGB garantierten Rechte kann also

Forts. s. nächste Seite

stückes auswirken und auf diesem Gebiet in Erscheinung treten. 426) Da sich jede Handlungseinschränkung in irgendeiner Weise auf die Grundstücksbeschaffenheit auswirkt, der Inhalt der Grunddienstbarkeit aber auf tatsächliche Benutzungen beschränkt ist, muß sich die Einschränkung der Handlung unmittelbar auf die Grundstücksbeschaffenheit auswirken. 427)

Eine alleinige Beschränkung der persönlichen oder gewerblichen Freiheit kann danach nicht Gegenstand einer Dienstbarkeit sein. 428)

Forts. v. Fußnote 425)

auch Rechtsgeschäfte betreffen, so daß sich hieraus nichts für die Einschränkung des Inhalts der Grunddienstbarkeit ergibt.

Einleuchtender ist die Argumentation, dem Verbot, die Freiheit zu rechtsgeschäftlichen Verfügungen durch Dienstbarkeiten einzuschränken, liege der Gedanke zu Grunde, den Eigentümer des belasteten Grundstückes nicht persönlich dauernd an einen Dritten zu binden. Dies widerliefe dem Zweck dieser Institution. Wenn z.B. ein Handelsbetrieb durch eine Grunddienstbarkeit verpflichtet werden soll, nur Waren des Berechtigten zu vertreiben, so wird der Eigentümer des belasteten Gewerbegrundstücks für den Betrieb des Berechtigten eingespannt. Das ist als Mißbrauch der sachenrechtlichen Institution abzulehnen (BGHZ Bd. 29 S. 244 vom 30.1.1959).

426) nGZ Bd. 111 S. 384 ff, 395 vom 14.10.1925; BGHZ Bd. 29 S. 244 ff vom 30.1.1959; W. E r m a n n : Handkommentar zum BGB, 2. Band, § 1018 Anm. 5 b; S o e r g e l - S i e b e r t : Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Band Sachenrecht, § 1018 Anm. 16; RGR-Kommentar: Sachenrecht III. Band 2. Teil, § 1018 Rd.Nr. 20; J. R i n g bei S t a u d i n g e r : Sachenrecht, 2. Teil, § 1018 Rd.Nr. 22

427) BGHZ Bd. 29 S. 244 vom 30.1.1959

428) W o l f f - R a i s e r : Sachenrecht, S. 434 wollen nicht mehr auf den Unterschied der Beschränkung des Eigentumsrechts und der persönlichen Freiheit abstellen, sondern nur noch auf die Auswirkung der Beschränkung auf die tatsächliche Grundstücksbeschaffenheit, weil beide Arten der Beschränkung die Freiheit als solche nur in ihren verschiedenen Formen betreffen. In der Literatur wird aber kaum noch allein auf die von Wolff-Raiser abgelehnte Unterscheidung abgestellt, sondern daneben als Kriterium die Einwirkung der Handlungseinschränkung auf die Grundstücksbeschaffenheit herangezogen (vgl. S o e r g e l - S i e b e r t : Bürger-

Forts.s.nächste Seite

Das Recht, Leitungen in die Gemeindegrundstücke zu verlegen, engt die aus dem Grundstückseigentum fließenden Befugnisse ein. Die Pflicht, die Leitungen zu dulden, gibt dem Grundstück eine Verkehrsbedeutung, die sich von der eines unbelasteten Grundstückes unterscheidet.⁴²⁹⁾ Ein Leitungsgrundstück wird im Grundstücksverkehr anders eingeschätzt als ein Grundstück, in das keine Energiestraßen verlegt sind. Die Duldungspflicht kann deshalb insoweit Gegenstand einer Dienstbarkeit sein.

Hinsichtlich der Benutzungshandlung nehmen die Leitungsrechte eine gewisse Sonderstellung ein; denn es liegt keine Benutzung im ursprünglichen Sinn des Wortes vor.⁴³⁰⁾ Unter Benutzung wird nämlich ein fortgesetztes oder doch ein mehr oder weniger häufiges und regelmäßiges Gebrauchmachen der Sache verstanden.⁴³¹⁾ Ein einmaliger Gebrauch kann nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein.⁴³²⁾ Eine derartige einzige Inanspruchnahme des Grundstücks liegt aber auch nicht vor. Zwar wird die Leitung durch eine einzige Handlung verlegt. Darin erschöpft sich aber das Leitungsrecht nicht. Der durch die Verlegung geschaffene Zustand muß vom Eigentümer weiterhin geduldet werden.⁴³³⁾ Hierin liegt das Moment der Dauer, das dem Inhalt der Grunddienstbarkeit eigen ist. Wasserleitungsrechte können

Forts. v. Fußnote 428)

liches Gesetzbuch, 3. Band, Sachenrecht, § 1090 Anm. 10; H. Eichler: Institutionen des Sachenrechts, 2. Band 2. Halbband, S. 589; J. Ring bei Staudinger: Sachenrecht 2. Teil, § 1018 Anm. 22)

429) H. Eichler: Institutionen des Sachenrechts, 2. Band 2. Halbband, S. 588

430) Vgl. Anm. 429

431) RGR-Kommentar: Sachenrecht III. Bd. 2. Teil, § 1018 Rd. Nr. 18

432) U. H o c h e bei P a l a n d t: Bürgerliches Gesetzbuch, § 1018 Anm. 5

433) Vgl. S. 72 f

deshalb Inhalt von Dienstbarkeiten sein. 434)

Problematisch ist, ob die Verpflichtung der Gemeinde, ihre Grundstücke nicht anderen EVU zur Leitungsverlegung zur Verfügung zu stellen, als Dienstbarkeit eingetragen werden kann. Das hängt davon ab, ob das Verbot, zusätzliche Leitungsrechte zu bestellen (Konkurrenzklause), sich auf die Benutzung des Grundstücks unmittelbar auswirkt. 435)

Das ist zu verneinen. Die Konkurrenzklause hat keine Auswirkungen in tatsächlicher Hinsicht. Sie ändert nichts in Benutzung und Unterhalt des Grundstückes. Ein Leitungsgrundstück, das mit keinem weiteren Leitungsrecht belastet werden darf, hat keinen anderen Verkehrscharakter als ein Leitungsgrundstück ohne derartige Beschränkung. Die Konkurrenzklause beschränkt nur die rechtsgeschäftliche Verfügungsbefugnis.

Dagegen läßt sich nicht vorbringen, daß nach allgemeiner Meinung das Konkurrenzverbot Gegenstand einer Dienstbarkeit sein kann; 436) denn die Konkurrenzklause ist vom allgemeinen Konkurrenzverbot zu unterscheiden. Dieses verpflichtet den Eigentümer des belasteten Grundstücks, darauf keinen Betrieb zu errichten und zu unterhalten, der zu dem Unternehmen des herrschenden Grundstücks in Wettbewerb treten kann. Der Gebrauch eines derartigen Grundstückes ist eingeschränkt und unterscheidet sich von den ursprüngli-

434) Allgemeine Meinung: H. Eichler: Institutionen des Sachenrechts 2. Band 2. Halbband, S. 588; U. H o c h e bei P a l a n d t: Bürgerliches Gesetzbuch, § 1018 Anm. 5; F. G i e s e c k e: Leitungen auf fremden Grundstücken, Festschrift für J.W. Hedemann, S. 96; F. B a u r: Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Aufl. München und Berlin 1963, S. 264

435) Vgl. S. 155

436) J. R i n g bei S t a u d i n g e r: Sachenrecht III. Band 2. Teil, § 1018 Rd.Nr. 24; W o l f f - R a i s e r: Sachenrecht, S. 436; W. E r m a n n: Handkommentar zum BGB 2. Bd., § 1018 Anm. 5 b; S o e r g e l - S i e b e r t: Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Band, Sachenrecht, § 1018 Anm. 16; F. B a u r: Lehrbuch des Sachenrechts, S. 264

chen umfassenden Benutzungsmöglichkeiten des Bodens. Der tatsächlichen Verwendung des Grundstückes sind Schranken gesetzt. Damit sind die Voraussetzungen für den Inhalt einer Grunddienstbarkeit gegeben.

Anders verhält es sich mit der Konkurrenzklausel: Sie besagt nicht, daß die Gemeinde auf dem belasteten Grundstück kein EVU errichten darf. Sie hat nur den Zweck, die Gemeinde daran zu hindern, ihre Bürger durch ein anderes EVU versorgen zu lassen. Sie soll die Gemeinde an den Partner des Benutzungsvertrages binden. Sie ist einem Verbot, bestimmte Waren zu vertreiben, gleichzusetzen und deshalb nicht als Dienstbarkeit eintragungsfähig. ⁴³⁷⁾

Damit ist nur festgestellt, daß das Benutzungsrecht Inhalt einer Dienstbarkeit sein kann. Zu entscheiden bleibt, welche Form ihrer beiden Spielarten, eine Grunddienstbarkeit oder eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, zu bestellen ist.

Die Grunddienstbarkeit setzt zwei Grundstücke voraus, ein dienendes, das sie belastet, und ein herrschendes, dem sie nützt. ⁴³⁸⁾ Durch diese Vorteilsregel soll die möglichst dauernde und exakte Fixierung des Inhalts der Dienstbarkeit erreicht und der Belastete vor einer Variation der Benutzung geschützt werden. ⁴³⁹⁾ Der Nutzen muß deshalb objektiviert werden. Das ist der Fall, wenn die Dienstbarkeit dem Grundstück, so wie es im Zeitpunkt der Bestellung gestaltet ist, nützt. ⁴⁴⁰⁾ Individuelle Neigungen des Grundstückseigentümers haben außer Betracht zu bleiben. ⁴⁴¹⁾

437) Vgl. S. 153 Anm. 425 am Ende

438) § 1019 BGB, vgl. S. 153

439) F. B a u r : Lehrbuch des Sachenrechts, S. 264;
H. W e s t e r m a n n : Sachenrecht, S. 610

440) Vgl. Anm. 439)

441) W o l f f - R a i s e r : Sachenrecht, S. 436

Die Weiträumigkeit des Straßennetzes wirft die Frage auf, ob nicht die möglicherweise weite Entfernung der einzelnen Straßengrundstücke vom EVU dem Begriff des Vorteils entgegensteht. Eine benachbarte Lage der Grundstücke ist zwar nach dem BGB nicht mehr notwendig. ⁴⁴²⁾ Mit der wachsenden Entfernung des dienenden vom herrschenden Grundstück wird aber die Möglichkeit eines Vorteils immer mehr ausgeschlossen. ⁴⁴³⁾ Denn Ziel und Ursprung des Vorteils sind Grundstücke, örtlich begrenzte Flächen. Mit steigender Entfernung der durch den Vorteilsgedanken verbundenen Grundstücke wird es schwieriger, sich die Möglichkeit eines Vorteils vorzustellen.

Ob ein Vorteil noch anzunehmen ist, hängt von der Beschaffenheit des begünstigten Grundstückes im einzelnen Falle ab. Sie entscheidet, welche Möglichkeiten dem Grundstück noch vorteilhaft sein können.

Auf dem herrschenden Grundstück wird das EVU betrieben. Es ist ein Geweruegrundstück. Das Leitungsnetz ist die Grundlage des Betriebes. Ohne seine Energiestraßen kann das EVU nicht existieren. Das Nutzungsrecht der Straßen zur Leitungsverlegung bringt deshalb für das Gewerbegrundstück wirtschaftliche Vorteile, und zwar gilt das für jedes Straßengrundstück, ungeachtet seiner Entfernung vom EVU. Gerade die Weiträumigkeit und Verzweigtheit des Wegenetzes ermöglichen es dem EVU, viele Abnehmer zu beliefern und dadurch große Mengen umzusetzen. Gerade die verstreute Lage der Straßengrundstücke nützt dem EVU. Sie alle entsprechen des-

442) W o l f f - R a i s e r : Sachenrecht, S. 437;
J. H ö c h e bei P a l a n d t : Bürgerliches
Gesetzbuch, § 1019 Anm. 2b; anders: im römischen
recht, wo der Grundsatz "praedia debent esse vicina"
gilt.

443) J. H ö c h e bei P a l a n d t : Bürgerliches
Gesetzbuch, § 1018 Anm. 2b.

halb dem Vorteilsgrundsatz. 444)

Fraglich ist, wieviele Grunddienstbarkeiten zu bestellen sind, wenn mehr als zwei Grundstücke beteiligt sind.

Ist z.B. das EVU auf mehreren Grundstücken errichtet, so sind nach der h.M. in der Literatur entsprechend viele Grunddienstbarkeiten einzutragen. 445) Diese Forderung läßt sich nur damit begründen, daß die Gestaltung des einzelnen herrschenden Grundstücks bestimmt, ob die Grunddienstbarkeit ihm nützt. Bei verschiedenen gestalteten Grundstücken kann nämlich die inhaltlich gleiche Dienstbarkeit dem einen nützen, dem anderen schaden, beim ersten möglicherweise Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein, beim zweiten nicht.

Wenn aber die herrschenden Grundstücke gleich beschaffen sind, so kann der Nutzen der Grunddienstbarkeit für die Grundstücke nur einheitlich beurteilt werden. Es besteht keine Notwendigkeit, die Grundstücke getrennt zu behandeln. Damit kann ein Nutzungsrecht, das mehreren herrschenden Grundstücken in gleicher Weise von Vorteil ist, als eine Grunddienstbarkeit eingetragen werden. 446)

444) Nach P. G i e s e c k e : Leitungen auf fremden Grundstücken, Festschrift für J.W. Hedemann, S. 102 kann eine Grunddienstbarkeit nur am Ursprungs- und Endgrundstück einer Leitung bestellt werden, da nur diese Grundstücke für das Wirtschaftsgrundstück Vorteile bringen können. Diese Auffassung beruht aber auf römischem Recht, das vom BGB nicht übernommen wurde.

445) RGR-Kommentar: Sachenrecht III. Bd. 2. Teil, § 1018 Rd.Nr. 3; J. R i n g b e i S t a u d i n g e r : Sachenrecht 2. Teil, § 1018 Rd.Nr. 2; S o e r g e l - S i e b e r t : Sachenrecht § 1018 Anm. 2; U. H o c h e b e i P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 1018 Anm. 3; W o l f f - R a i s e r : Sachenrecht, S. 433

446) Ähnlich H. W e s t e r m a n n : Sachenrecht, S. 611. Nach diesem Autor soll das herrschende Grundstück nicht mehr nach Grundbuchrecht abgegrenzt werden, wonach Grundstück der Teil der Erdoberfläche ist, der im Grundbuch als Grundstück geführt wird. Das herrschende Grundstück ist vielmehr nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu bestimmen: Es ist die Fläche, der die Grunddienstbarkeit nutzt (Wirtschaftsgrundstück). Hiernach ist das Betriebsgrundstück des EVU ein Grundstück, so daß dafür eine Grunddienstbarkeit bestellt werden kann. Ebenso Bayer. Oberstes Landesgericht NJW 1966, S. 56 vom 6.7.1965.

Dafür spricht auch folgende Überlegung: Mehrere Grundstücke können durch rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Eigentümers und Eintragung im Grundbuch zu einem Grundstück vereinigt werden. ⁴⁴⁷⁾ Auch auf diese Weise läßt sich für die ursprünglich verschiedenen Grundstücke eine Grunddienstbarkeit bestellen. Wenn die einheitliche Grunddienstbarkeit aber auf jeden Fall letztlich erreicht werden kann, muß dies auch ohne diesen Umweg möglich sein, indem für die verschiedenen herrschenden Grundstücke eine Grunddienstbarkeit bestellt wird.

Das dienende Grundeigentum, die Straßen, sind gewöhnlich grundbuchmäßig nicht erfaßt, ⁴⁴⁸⁾ weshalb sich aus dem Grundbuch nicht ersehen läßt, ob sie sich aus mehreren Grundstücken zusammensetzen oder nicht. Da aber der Grundstücksbegriff des BGB auf die Katasterparzelle zurückgeht, ⁴⁴⁹⁾ und das Straßennetz flächenmäßig sehr verzweigt ist, bestehen die Straßen, würden sie ins Grundbuch eingetragen, aus mehreren Grundstücken.

Da sich das Benutzungsrecht auf alle Grundstücke erstreckt, sind alle mit einer Grunddienstbarkeit zu belasten. Es handelt sich dann um verschiedene Grunddienstbarkeiten, eine einheitliche Dienstbarkeit läßt sich nicht bestellen. ⁴⁵⁰⁾

Das erklärt sich daraus, daß die Grunddienstbarkeit die Eigentumsrechte des dienenden Grundstücks einschränkt,

447) § 890 Abs. 1 BGB; § 5 der Grundbuchordnung vom 24.3.1897 (RGBL. I S. 1073 - GBO)

448) § 3 Abs. 2 a GBO

449) F. B a u r : Lehrbuch des Sachenrechts, S. 111, 112

450) W o l f f - K a i s e r : Sachenrecht, S. 433;
J. R i n g b e i S t a u d i n g e r : Sachenrecht
2. Teil, § 1018 Rd.Nr. 2; H. W e s t e r m a n n :
Sachenrecht, S. 610; J o e r g e l - S i e b e r t :
Bürgerliches Gesetzbuch Bd. III Sachenrecht, § 1018
Rd.Nr. 2; H. E i c h l e r : Institutionen des Sachenrechts 2. Bd. 2. Halbband, S. 600; Kammergericht
in JW 1937 S. 2606 vom 10.6.1937.

also einen Teil der Grundstücksrechte aufhebt. Jede Belastung der aus einem Grundstück fließenden Rechte bedarf aber der eigenen Belastung der Rechtsquelle. Die Erwägungen, mit denen die Bestellung einer Grunddienstbarkeit für mehrere herrschende Grundstücke begründet wurde, treffen hier nicht zu: Das herrschende und das dienende Grundstück lassen sich nämlich für diesen Fall nicht vergleichen. Das dienende Grundstück ist Objekt der Grunddienstbarkeit. An ihm ist die Grunddienstbarkeit als dingliches Recht orientiert und mit ihm eng verbunden. Das herrschende Grundstück dagegen ist nicht derart mit der Grunddienstbarkeit verknüpft. Es bestimmt nur, ähnlich wie ein Vertrag zugunsten Dritter, Zuständigkeit und Richtung des Rechts. Dazu ist die Bindung an ein einzelnes Grundstück nicht notwendig. ⁴⁵¹⁾

Damit ist die erste Spielart der Dienstbarkeit, die Grunddienstbarkeit, erläutert.

Die beschränkte persönliche Dienstbarkeit unterscheidet sich von ihr nur dadurch, daß sie kein herrschendes Grundstück voraussetzt. ⁴⁵²⁾ Sie ist nicht durch die Vorteilsregel des § 1019 BGB eingeschränkt. Bei ihr genügt jeder schutzwürdige Vorteil. ⁴⁵³⁾ Sie ist deshalb in weiterem Rahmen anwendbar als die Grunddienstbarkeit.

451) RGR-Kommentar: Sachenrecht III Bd. 2. Teil, § 1018 Rd. Nr. 3; Eine Grunddienstbarkeit kann nur für und gegen ein Grundstück bestellt werden; "denn das Wesen jeder einzelnen Grunddienstbarkeit besteht gerade darin, daß die Benutzung eines gesondert gearteten Grundstücks einem anderen besonders gearteten Grundstück zum Vorteil gereicht." Allerdings: soll nach Auffassung dieses Kommentars eine Grunddienstbarkeit dann auf mehrere Grundstücke als Gesamtbeileitung eingetragen werden können, "wenn ihre Ausübung sich auf mehrere Grundstücke erstreckt" (a.a.O.). Damit wird die Begründung für die Zulässigkeit einer einheitlichen Grunddienstbarkeit zugunsten mehrerer herrschender Grundstücke auch zur Lösung dieses Problems angewandt. Dies wird aber den unterschiedlichen Funktionen des herrschenden und des dienenden Grundstücks, nämlich Richtung und Objekt der Grunddienstbarkeit zu zeigen, nicht gerecht.

452) Vgl. S. 153

453) Vgl. U. H o c h e bei P a l a n d t : Bürgerliches Gesetzbuch, § 1090 Anm. 3

Wenn also die Straßen schon dem Nutzenerfordernis der Grunddienstbarkeit entsprachen, so erst recht dem der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit.

Die Verschiedenheit der herrschenden Grundstücke zwingt nicht zur Begründung verschiedener beschränkter Grunddienstbarkeiten. Hierin ist sich die Literatur, soweit sie dazu Stellung nimmt, einig.⁴⁵⁴⁾ Die Vielzahl der dienenden Grundstücke bedingt aber ebenso wie bei der Grunddienstbarkeit eine entsprechende Anzahl beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten; denn die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist hinsichtlich des dienenden Grundstückes der Grunddienstbarkeit gleichzustellen.

Damit ist der materielle Teil der dinglichen Sicherung der Leitungsrechte dargestellt.

Als Ergebnis ist zusammenzufassen, daß es notwendig und möglich ist, sämtliche Straßen, auf die sich das schuldrechtliche Nutzungsrecht erstreckt, mit Dienstbarkeiten zu belasten. Dabei wird die Zahl der Dienstbarkeiten von der Zahl der belasteten Grundstücke bestimmt.

Für die formelle Behandlung gilt Folgendes: Eine Dienstbarkeit wird gem. § 873 Abs. 1 BGB durch Einigung der Parteien und ihre Eintragung ins Grundbuch bestellt. Hier ergeben sich einige Besonderheiten aus der Eigenart des Grundstückseigentümers, der Gemeinde.

Gemeindestraßen sind nämlich in der Regel nicht im Grundbuch eingetragen, weil sie ihrer Art nach nicht dazu be-

454) RGR-Kommentar: Sachenrecht III. Bd. 2. Teil, § 1090 Rd.Nr. 4; J. R i n g bei S t a u d i n g e r : Sachenrecht 2. Teil, § 1090 Rd.Nr. 3; W o l f f - R a i s e r : Sachenrecht S. 452; hierauf und auf die Wesensgleichheit von Grunddienstbarkeit und beschränkter persönlicher Dienstbarkeit stützt das Bayer. Oberste Landesgericht seine Ansicht, daß auch eine Grunddienstbarkeit für verschiedene herrschende Grundstücke eingetragen werden könne. NJW 1966, S. 56 vom 6.7.1965.

stimmt sind, am Grundbuchverkehr teilzunehmen, ihre Abgrenzung und Lage außerdem in Straßenbestandsverzeichnissen eingetragen sind und sich deshalb auch ohne Grundbuch leicht feststellen lassen. 455) Eine Eintragung der Dienstbarkeit in das Grundbuchblatt des belasteten Grundstücks, wie sie § 873 Abs. 1 BGB vorschreibt, ist deshalb nicht möglich. Sie widerspräche auch dem Grundsatz des Grundbuchverkehrs, daß eine Eintragung nur erfolgen soll, wenn die Person, deren Recht dadurch betroffen ist, als Berechtigte eingetragen ist. 456)

Eine Möglichkeit, die Dienstbarkeit nach den Regeln des BGB und der Grundbuchordnung zu bestellen, ist die, daß die Gemeinde die Anlegung von Grundbuchblättern 457) für die in Betracht kommenden Straßen beantragt. Das Grundbuchamt muß sich dann von Amts wegen die erforderlichen Unterlagen für die Bezeichnung des Grundstücks beschaffen und den Eigentümer ermitteln. Erst nach Abschluß dieses Verfahrens kann ein Grundbuchblatt angelegt werden. 458)

Neben diesem langwierigen bundesgesetzlichen Bestellungsverfahren gibt es ein einfacheres nach Landesrecht: 459)

Hiernach genügt zur Begründung einer Dienstbarkeit an einem buchungsfreien Grundstück die Einigung von Besteller und Erwerber, wobei die Erklärung des Bestellers öffentlich beglaubigt sein muß. 460)

455) H e n k e - M ö n c h - H o r b e r : Grundbuchordnung, 8. Auflage München und Berlin 1964, § 3 Anm. 3

456) § 39 Abs. 1 GBO

457) Da die Straßen demselben Eigentümer gehören, kann für sie gem. § 4 Abs. 1 GBO ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt werden.

458) § 3 Abs. 2 a GBO

459) Art. 128 EGBGB erklärt die landesrechtliche Abweichung vom Bundesrecht für zulässig.

460) Art. 84 Abs. 1 des Bayer. Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 9.6.1899 (Bayer. Bereinigte Sammlung III S. 89 - AG BGB)

Das EVU kann also nach bayer. Recht Dienstbarkeiten an Gemeindestraßen für den Betrieb seiner Versorgungsleitungen erwerben, wenn sich die Gemeinde hierzu in einem notariell beglaubigten ⁴⁶¹⁾ Schriftstück, das die in Frage kommenden Straßen aufzählt, bereiterklärt und das EVU damit einverstanden ist.

Die Annahme der Bestellung kann formlos erfolgen.

Diese rechtlichen Maßnahmen kann das EVU gegen die Möglichkeit einer Kündigung des Benutzungsvertrages ergreifen.

B. Die wirtschaftlichen Möglichkeiten

Das EVU muß sich aber auch in wirtschaftlicher Hinsicht auf die Unsicherheit seines Benutzungsrechtes einstellen. Dafür gibt es zwei Möglichkeiten: Das EVU stellt in seinen langfristigen Wirtschaftsplänen den Ausfall des Energienetzes in Rechnung, oder aber es liquidiert den gefährdeten Betriebsteil so schnell wie möglich.

Das Netz kann im Jahre seiner Errichtung nicht sofort abgeschrieben werden. Es ist mit dem Bau vielmehr zu aktivieren. Zwar gilt der Grundsatz, daß Sachen, die dem Betrieb nicht gehören, nicht zu aktivieren sind. Hier besteht von diesem Prinzip aber eine Ausnahme: Einmal dient die Verteilungsanlage dem EVU über mehrere Bilanzperioden. Das spricht für eine Aktivierungspflicht.

Zum anderen hat das EVU für die Nutzung des Netzes kein laufendes Entgelt zu zahlen, sondern es muß dafür einen einmaligen Betrag, eben die Anschaffungskosten, aufwenden. Dieser Betrag ist wesensmäßig kein Aufwand und kann deshalb nicht mit einem Male über die Erfolgsrechnung ausgebucht werden. Das ist der zweite Grund für die Aktivierungspflicht.

461) § 129 Abs. 1 BGB

Zum anderen hat das EVU für die Nutzung des Netzes kein laufendes Entgelt zu zahlen, sondern es muß dafür einen einmaligen Betrag, eben die Anschaffungskosten, aufwenden. Dieser Betrag ist wesensmäßig kein Aufwand und kann deshalb nicht mit einem Male über die Erfolgsrechnung ausgebucht werden. Das ist der zweite Grund für die Aktivierungspflicht.

Die schnelle Liquidation des Netzes, um das Risiko des darin gebundenen Kapitals möglichst niedrig zu halten, erfolgt durch entsprechend hohe Abschreibungen. Der Abschreibungszeitraum darf den Nutzungszeitraum nicht überschreiten, also höchstens 30 Jahre betragen. Es ist aber ratsam, wegen der möglichen Kündigung des Wegebenutzungsrechts diese Anlagen schon vorher zu liquidieren. Die dafür erforderlichen Abschreibungsquoten werden nicht immer über die Tarifpreise für Strom zu verdienen sein, weil diese von der Gemeinde niedrig gehalten werden können. Das EVU muß die erforderlichen Erträge vielmehr durch hohe Anschlußkosten und Netzkostenbeiträge, die den Abnehmern auferlegt werden, zu erwirtschaften suchen. Auf sie hat die Gemeinde mit Hilfe des Benutzungsvertrages keinen Einfluß. Das EVU wird sich außerdem in seinen Produktionsplänen auf den Ausfall des Versorgungsnetzes einzustellen haben. Das Versorgungsunternehmen wird also bestrebt sein, seine Produktionselastizität zu verbessern, also eine Ersatzproduktion einzurichten für den Fall, daß das Verteilernetz nicht mehr betriebsbereit ist.

Um das zu erreichen, lassen sich folgende Möglichkeiten denken:

1. Das EVU bedient sich zur Versorgung des Gemeindegebietes der allein dafür geeigneten Produktionsmittel. Diese Anlagen lassen sich nicht für andere Zwecke umbauen (sog. nicht umbaufähige Sondermaschinen). 462)

462) E. G u t e n b e r g : Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 1. Band: Die Produktion, S. 82

Diese Maschinen arbeiten sehr kostengünstig, sind aber nicht flexibel. Das EVU muß, um dem Risiko des Netzausfalles zu begegnen, Nebenbetriebe einrichten, wie etwa den Handel mit Elektrogeräten, Reparaturwerkstätten etc. Es können auch neben dem Elektrizitätswerk gleichberechtigte und gleichgroße Unternehmen gegründet werden, wie Verkehrsbetriebe, Wasserwerke. Von dieser Möglichkeit, die Produktionselastizität zu steigern, wird in der Praxis häufig Gebrauch gemacht (Querverbund).

Wasserkraftwerke, die früher mechanische Leistung erzeugten (Mühlen, Säge- und Hammerwerke, Schleifereien) und erst nach dem Weltkrieg auf Stromerzeugung umgestellt wurden, ⁴⁶³⁾ sollten ihre alten Betriebsanlagen behalten.

2. Die EVU achten schon bei Errichtung ihrer Betriebsmittel darauf, daß sich diese nicht nur zur Versorgung des durch den Benutzungsvertrag bestimmten Kundenkreises eignen. Es werden z.B. solche Erzeugungsanlagen installiert, die sich bei einem Ausfall des Verteilungsnetzes zur Herstellung von Energieformen eignen, die in Fernleitungen eingespeist werden können. Die Maschinen müssen also umbaufähig sein, ⁴⁶⁴⁾ um die für den Ferntransport rentablen Energiemengen und -spannungen herzustellen.

Beide aufgezeigten Wege zur größeren Flexibilität kosten Geld: Die Einrichtung von Nebenbetrieben und die Beibehaltung der ursprünglichen Anlagen ebenso wie der Verzicht auf die spezialisierten, kostengünstigen Sondermaschinen.

Das EVU muß sich der Betriebsmittelkombination bedienen, die bei niedrigsten Produktionskosten die größtmögliche Produktionselastizität bietet.

463) O. S c h e d l : Die Elektrizitätswirtschaft in Bayern und ihre Probleme, Zeitschrift: Elektrizitätswirtschaft, Jahrgang 63 (1964), S. 388

464) E. G u t e n b e r g : Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 1. Band: Die Produktion, S. 83

Das EVU kann sich dem allgemeinen Trend zur Spezialmaschine nicht anschließen; denn sein Bestand ist vom Benutzungsvertrag abhängig, und der Benutzungsvertrag läßt sich nicht für bestimmte Fristen sichern. Das EVU muß sich deshalb trotz aller Vorteile der Spezialanlagen eine angemessene Produktionselastizität sichern.

Die Notwendigkeit dieser Maßnahme wird dem EVU ohne die ausführliche Erörterung des Benutzungsvertrages nicht ersichtlich. Damit zeigt sich, wie das Leben einer Unternehmung von ihren Verträgen abhängen kann, und daß jeder Unternehmer die Bedeutung seiner Rechtsgeschäfte genau kennen muß.

Literaturverzeichnis

1. Kommentare und Lehrbücher zum bürgerlichen Recht,
zur Grundbuchordnung, ZPO und KO

Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung, 28. Auflage
München und Berlin 1965

Baumbach-Schwab: Schiedsgerichtsbarkeit, 2. Auflage
München und Berlin 1960

Baur: Lehrbuch des Sachenrechts, 2. Auflage München
und Berlin 1963

Böhle-Stammschräder: Konkursordnung, 7. Auflage
München und Berlin 1964

Eichler: Institutionen des Sachenrechts, 1. Bd.,
Berlin 1954; 2. Bd. 1. Halbband, Berlin 1957;
2. Halbband, Berlin 1960

Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl.
Tübingen 1958

Erman: Handkommentar zum BGB, 3. Auflage 2. Bd. Münster 1962

Gadow-Heinichen: Aktiengesetz 2. Bd., 2. Auflage Berlin 1965

Henke-Mönch-Horber: Grundbuchordnung, 8. Auflage München
und Berlin 1964

Hueck: Gesellschaftsrecht, 13. Auflage München und Berlin
1965

Jäger: Konkursordnung, 8. Auflage Berlin 1958

Lange: BGB Allgemeiner Teil, 4. Auflage München und
Berlin 1958

Larenz: Lehrbuch des Schuldrechts, I. Bd., Allgemeiner Teil
II. Bd., Besonderer Teil, 7. und 6. Auflage
München und Berlin 1964

Lent: Zivilprozeßrecht, 9. Auflage München und Berlin 1959

Molitor: Schuldrecht II, Besonderer Teil, 4. Auflage
München und Berlin 1958

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches
für das Deutsche Reich, Bd. III, Recht der Schuld-
verhältnisse, Berlin 1896

Palandt: Kommentar zum BGB, 24. Auflage München und Berlin
1965

Kommentar der Reichsgerichtsräte und Bundesrichter zum BGB:
Allgemeiner Teil, 1. Bd., 1. Teil, 11. Auflage Berlin
1959

Recht der Schuldverhältnisse I. Bd. 1. Teil, 11. Auf-
lage Berlin 1960

Recht der Schuldverhältnisse II. Bd. 1. Teil, 11. Auf-
lage Berlin 1959

Sachenrecht III. Bd. 2. Teil, 11. Auflage Berlin 1963

Rosenberg: Lehrbuch des Deutschen Zivilprozeßrechts,

8. Auflage München und Berlin 1960

Soergel-Siebert: BGB, Bd. III Sachenrecht, Stuttgart 1960

Staudinger: Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und
Nebengesetzen

I. Bd., Allgemeiner Teil, 11. Auflage Berlin 1957

II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 1. Teil,
7./8. Auflage München und Berlin 1912

II. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 2. Teil,
11. Auflage Berlin 1955

III. Bd., Sachenrecht, 1. Teil, 11. Auflage Berlin 1958

III. Bd., Sachenrecht, 2. Teil, 11. Auflage Berlin 1963

v. Thur: Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen
Rechts 1. Band, Leipzig 1910

Westermann: Sachenrecht, 5. Auflage Karlsruhe 1966

Wieczorek: Zivilprozeßordnung und Nebengesetze Bd. I,
Teil 1, Berlin 1957

Wolff-Raiser: Sachenrecht, 10. Bearbeitung Tübingen 1957

II. Kommentare und Lehrbücher anderer Rechtsgebiete

Bühler: Steuerrecht Bd. I, Allgm. Steuerrecht, 2. Auflage
Wiesbaden 1953

Lenski: Körperschaftsteuer, 4. Auflage Stuttgart 1960

Müller: Straßenverkehrsrecht, 18. Auflage Berlin 1954

Sieder-Zeitler: Kommentar zum Bayer. Straßen- und Wege-
gesetz, München 1960

Zimniok: Kommentar zum Bayer. Straßen- und Wegegesetz,
München 1964

III. Monographien

- Bertram: Die Natur des Erwerbsrechtes der öffentlichen Körperschaft gegenüber dem beliebigen Unternehmen, Verwaltungsarchiv Bd. 38, 1933
- Crome: Der Konzessionsvertrag und seine Ausführung im Kriege, Sonderdruck aus dem Archiv für die zivilistische Praxis Bd. 115
- Dickmann: Die Rechtsnatur des Energieversorgungsvertrages, Dissertation Köln 1950, herausgegeben vom Verein Deutscher Elektrizitätswerke e.V.
- Didden: Konzessionsabgaben der Energie- und Wasserversorgungsunternehmen, München 1952
- Dulckeit: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, Tübingen 1951, Recht und Staat Bd. 158/159
- Eichler: Wirtschaftsrecht; Rechts- und Sozialwissenschaftliche Vorträge und Schriften, herausgegeben von Eichler und Wohlgast, Heft 2, Nürnberg 1950
- Eiser-Riederer-Sieder: Energiewirtschaftsrecht, München - Berlin, Stand 1954 und 1961 (Loseblattsammlung)
- Engisch: Einführung in das juristische Denken, Stuttgart 1956
- Fischerhof: Rechtsfragen der Energiewirtschaft, Frankfurt/M. 1956
- Hedemann: Einführung in die Rechtswissenschaft, 2. Auflage Berlin und Leipzig 1927
- Henke-Müller-Rumpf: Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft in Deutschland, Berlin 1930
- Hose: Der Energieversorgungsvertrag, Dissertation Frankfurt/M. 1961
- List: Energierecht, Grundriß der Grundfragen, Berlin 1938
- Ders.: Verwaltungsrecht technischer Betriebe, Berlin 1937
- Malzer: Die Verlegung von Versorgungsleitungen über (unter) fremde Grundstücke hinweg (§ 905 Satz 2 BGB), Beiträge zum Energierecht, zusammengestellt von Malzer, herausgegeben von der Vereinigung Industrieller Kraftwirtschaft (VIK), Essen 1959 (zit. Beiträge zum Energierecht Aufsatz und Verfasser)
- Maunz: Grundfragen des Energiewirtschaftsrechts, Verwaltungsarchiv 50 Bd. 1959

- Schmitz: Das Recht der Energiewirtschaft im Ausland (Westeuropa); herausgegeben vom Energiewirtschaftlichen Institut der Universität Köln, München 1953
- Stern: Zur Problematik des energiewirtschaftlichen Konzessionsvertrages; Archiv für Öffentliches Recht, Bd. 84, 1959
- Weber: Gestehungskosten und Tarife, Grundfragen der Elektrizitätswirtschaft, Berlin 1939
- Wieacker: Die Wegebenutzungs- und die Gebietsschutzverträge in der Elektrizitäts- und Gasversorgung. Beiträge zum Energierecht
- Wirt: Das Wegerecht für Energieleistungen. Beiträge zum Energierecht

IV. Aufsätze in Zeitschriften

- Ballerstedt: Grundprobleme des Rechts der Konzessionsabgaben, Der Betriebsberater, 1958, S. 125 ff
- Engert: Das Veranlassungsprinzip bei der Kreuzung öffentlicher Straßen, NJW 1964, S. 1550 ff
- Ders.: Die Kreuzung öffentlicher Straßen durch unterirdische Fernleitungen nach neuem Wegerecht, NJW 1964, S. 1300 ff
- Fischerhof: Öffentliche Versorgung mit Gas, Wasser und Elektrizität und öffentliche Verwaltung, Die Öffentliche Verwaltung, 1957, S. 310 ff
- Friesenhahn: Grundgesetz und Energiewirtschaft, Elektrizitätswirtschaft, Bd. 56, 1957, S. 12 ff
- Ganschezian-Finck: Straßeneigentum und Gemeingebrauch, NJW 1957, S. 285 ff
- Giesecke: Leitungen auf fremden Grundstücken, Festschrift für Hedemann, Berlin 1958, S. 95 ff
- Hammer: Rechtspflicht zur Duldung fremder Versorgungsleitungen, Monatsschrift für Deutsches Recht, 1965, S. 8 ff

- Kalb: Weitergeltung des Konzessionsabgabenrechts als vor-
konstitutionelles Recht, Der Gemeindehaushalt, Son-
derdruck zu Heft 5 vom Mai 1961, S. 104 ff
- Mehlem: Verträge zwischen EVU und kreisangehörigen Gemein-
den, Deutsche Verwaltungsblätter 1958, S. 159 ff
- Müller-Engelhardt: Hat sich die Rechtsauffassung bei Be-
nutzung öffentlicher Wege durch Versorgungsleitungen
geändert? Elektrizitätswirtschaft Bd. 56, 1957, S. 57 ff
- Schack: Enteignung öffentlicher Wege zugunsten von Versor-
gungsunternehmen, NJW 1963, S. 1905 ff
- Schröer: Versorgungsleitungen in Ortsdurchfahrten nach
erfolgter Umstufung, NJW 1964, S. 186 ff
- Stumpf: Fragen des Übernahmerechts in Gebietsversorgungs-
verträgen, Elektrizitätswirtschaft 1960, S. 279 ff
- Verband kommunaler Unternehmen (VKU): Nachrichtendienst
1951, Folge 27

V. Lehrbücher der Wirtschaftswissenschaft

- Fischer: Die Betriebsführung Bd. 1: Allgemeine Betriebs-
wirtschaftslehre, 9. Auflage Heidelberg 1964
- Gutenberg: Grundlagen der Betriebswirtschaftslehre, 1. Bd.:
Die Produktion, 12. Auflage Berlin-Heidelberg-
New York 1966; 2. Bd.: Der Absatz, 8. Auflage
Berlin-Heidelberg-New York 1965
- Heinen: Betriebswirtschaftliche Kostenlehre Bd. I:
Begriff und Theorie der Kosten, 2. Auflage Wies-
baden 1965
- Mellerowicz: Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, Bd. 3,
10. Auflage Berlin 1959
- Freiser: Nationalökonomie heute, München 1961
- Rössle: Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 5. Auflage
Stuttgart 1956
- Schäfer: Die Unternehmung, 6. Auflage Köln und Opladen 1966
- Sommerfeld in Bott: Lexikon des kaufmännischen Rechnungs-
wesens, 2. Auflage Stuttgart 1954-1957, 3 Bände,
Bd. II

Wöhe: Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 6. Auflage Berlin-Frankfurt/Main 1964

VI. Aufsätze über energiewirtschaftliche Fragen

Frohnholzer: Bedeutung der Wasserkräfte in Bayern, Zeitschrift: Elektrizitätswirtschaft, Jahrgang 63, 1964, S. 401 ff

Genzsch: Energiequellen als Elemente der Politik, Zeitschrift: Versorgungswirtschaft, München 1966, S. 101 ff

Ders.: Energiebedarfsdeckung durch technischen Fortschritt, Zeitschrift: Versorgungswirtschaft, München 1965, S. 195 ff

Morgenthaler: Die kartellrechtliche Bedeutung der Unternehmensstruktur in der Energieversorgung, Köln 1966

Schedl: Die Elektrizitätswirtschaft in Bayern und ihre Probleme, Zeitschrift: Elektrizitätswirtschaft, Jahrgang 63, 1964, S. 386 ff

Wessels: Energie im Preisgefüge, Zeitung für kommunale Wirtschaft, München 1966, Nr. 11

Ders.: Die volkswirtschaftliche Problematik der Kapitalbeschaffung und Ertragsverwendung in einer wachsenden Versorgungswirtschaft, Köln 1966

Ders.: Strom und Gas - Stützen der Wettbewerbskraft, Zeitung für kommunale Wirtschaft, München 1966, Nr. 12

Westphal: Kleines Lehrbuch der Physik, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1958

VI. Entscheidungen

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)
in der amtlichen Sammlung

Band	40 S. 280	vom 13.12.1897
"	42 S. 209	vom 21. 9.1898
"	55 S. 297	vom 19. 5.1903
"	57 S. 115	vom 23. 2.1904
"	75 S. 283	vom 22.12.1910
"	78 S. 389	vom 27. 2.1912
"	82 S. 206	vom 26. 4.1913
"	83 S. 67	vom 8. 7.1913
"	86 S. 12	vom 10.11.1914
"	87 S. 43	vom 2. 6.1915
"	88 S. 14	vom 11. 1.1916
"	88 S. 250	vom 19. 5.1916
"	91 S. 170	vom 9.11.1917
"	103 S. 97	vom 7.12.1921
"	104 S. 41	vom 3. 2.1922
"	105 S. 180	vom 26. 9.1927
"	106 S. 47	vom 27.11.1922
"	111 S. 384	vom 14.10.1925
"	123 S. 181	vom 16. 2.1929
"	125 S. 109	vom 10. 6.1929
"	131 S. 264	vom 2. 2.1931
"	150 S. 193	vom 3. 2.1936
"	150 S. 226	vom 7. 2.1936
"	155 S. 133	vom 28. 5.1937
"	161 S. 103	vom 26. 7.1939
"	166 S. 89	vom 30. 1.1941

Urteil des Reichsgerichts vom 7.1.1904, Zeitschrift: Das
Recht, 8. Jahrgang 1904, S. 140 Nr. 638

Entscheidungen des Reichsgerichts in der Juristischen Wo-
chenschrift (JW)

JW 1928 S. 502 vom 7.7.1927

JW 1930 S.1924 vom 28.3.1930

Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
(BGHZ) in der amtlichen Sammlung

- Band 5 S. 76 vom 8. 2.1952
- " 6 S. 270 vom 10. 6.1952
- " 7 S. 215 vom 25. 9.1952
- " 8 S. 3 vom 31.10.1952
- " 9 S. 390 vom 6.10.1952
- " 15 S. 113 vom 22.10.1954
- " 23 S. 200 vom 30. 1.1957
- " 29 S. 244 vom 30. 1.1959

Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in der neuen
Juristischen Wochenschrift (NJW)

- NJW 1955 S. 164 vom 22.10.1954
- " 1956 S. 104 vom 18.11.1955
- " 1962 S. 294 vom 25. 9.1961
- " 1962 S. 1817 vom 11. 7.1962
- " 1965 S. 2103 vom 14. 7.1965

Sonstige Entscheidungen

- Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 12.10.1965,
Bayer. Verwaltungsblätter 1966 S. 131 ff
- Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 27.9.1961,
Monatsschrift des Deutschen Rechts 1962, S. 329
- Urteil des Landesverwaltungsgerichts Düsseldorf vom
28.1.1959 Az. 4 K 3252/58
- Urteil des Landesverwaltungsgerichts Münster vom
23.10.1959 Az. I K 52/59
- Urteil des Oberverwaltungsgerichts Münster vom 21.12.1962,
Die öffentliche Verwaltung 1963, S. 349
- Beschluß des Bayer. Obersten Landesgerichts vom 6.7.1965,
NJW 1966, S. 56

Urteil des Kammergerichts vom 10.6.1937, JW 1937, S. 2606
Urteil des Kammergerichts vom 18.4.1929, Zeitschrift für
Deutschen Zivilprozeß, Bd. 55, Berlin 1930, S. 328 f;
mit Anmerkung von Goldmann, a.a.O. S. 330
Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 23.11.1962,
Rechtsbeilage der Elektrizitätswirtschaft, 1963, S. 35
Urteil des Amtsgerichts Oranienburg vom 18.7.1921 Az. 6
C 811/20 teilweise abgedruckt in Henke-Müller-Rumpf:
Rechtsfragen der öffentlichen Elektrizitätswirtschaft
in Deutschland, S.117 f.

Lebenslauf

Ich, Ulrich Lenz, bin am 10.8.1938 in Görlitz, Schlesien, geboren. Meine Eltern sind Dr. Horst Lenz und seine Ehefrau Ursula, geb. Thiergart.

Die Volksschule besuchte ich 4 Jahre in Freising, Oberbayern. Dort bestand ich auch im Juli 1958 am Deutschen Gymnasium das Abitur.

1958 begann ich an der Universität München Betriebswirtschaft und Jura zu studieren. 1964 bestand ich die Diplomprüfung für Kaufleute an der Universität München, nachdem ich vorher die I. juristische Staatsprüfung abgelegt hatte. Im Wintersemester 1965/66 und im folgenden Semester studierte ich an der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät der Universität Erlangen-Nürnberg Betriebswirtschaft.

Nach Bestehen der II. juristischen Staatsprüfung bin ich jetzt als Revisor im Bayerischen Prüfungsverband öffentlicher Kassen in München tätig.

